Die Teilungsanordnung des Erblassers nach geltendem Recht

unter Berücksichtigung
des früheren (gemeinen und preußischen) Rechts

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Erika Stenger
Berlin-Charlottenburg

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1933

Referent: Professor Dr. Walter Hallstein

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Einleitung.

§ 1. Über die Berechtigung einer Teilungsanordnung des Erblassers 1
§ 2. Definition und Allgemeines über die Teilungsanordnung des Erblassers 2

Erster Teil.

Vorkommen, Form und Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers.

I. Abschnitt: Die divisio bonorum des gemeinen Rechts.

1. Kapitel.

§ 3. Die allgemeine divisio bonorum 4
§ 4. Die divisio bonorum parentum inter liberos 5

2. Kapitel.

§ 5. Die allgemeinen Formen der divisio bonorum 7
§ 6. Die Sonderform der divisio bonorum parentum inter liberos . . 8

3. Kapitel.

§ 7. Der Inhalt der divisio bonorum 10

II. Abschnitt: Die Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts.

1. Kapitel.

§ 8. Allgemeines über das Vorkommen einer Teilungsanordnung . 11

2. Kapitel.

§ 9. Vorkommen und Form der allgemeinen Teilungsanordnung . . 12
§ 10. Vorkommen und Form der Teilungsanordnung der Eltern für ihre Kinder 13

3. Kapitel.

§ 11. Der Inhalt einer Teilungsanordnung 14

Seite

III. Abschnitt: Die Teilungsanordnung des geltenden deutschen Rechts.

1. Kapitel.

§ 12. Das Vorkommen einer Teilungsanordnung des Erblassers . . 16

2. Kapitel.

§ 13. Die Form einer Teilungsanordnung des Erblassers 18

3. Kapitel.

§ 14. Allgemeines über den möglichen Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers 20
§ 15. Die Verteilung von Nachlaßgegenständen und -verbindlichkeiten und die Regelung von Ausgleichungspflichten in einer Teilungsanordnung des Erblassers 21
§ 16. Vorschriften des Erblassers über die Tilgung der auf der Erbschaft ruhenden Verbindlichkeiten 23
§ 17. Das Teilungsverbot gemäß § 2044 BGB. als negative Teilungsanordnung 24
§ 18. a) Die Zulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser 26
b) Die Einordnung der Schiedsgerichtsklausel unter den Begriff der Teilungsanordnung des Erblassers 28
§ 19. a) Die rechtliche Beurteilung der Ernennung eines „Dritten“ gemäß § 2048 Satz 2 BGB. durch den Erblasser 30
b) Die rechtliche Beurteilung der von dem gemäß § 2048 Satz 2 BGB. ernannten „Dritten“ getroffenen Anordnungen für die Erbauseinandersetzung 31

4. Kapitel.

§ 20. a) Das Verhältnis einer Teilungsanordnung des Erblassers zu einer Erbeinsetzung 33
b) Richtlinien für die Unterscheidung einer Teilungsanordnung des Erblassers von einer Erbeinsetzung 35
§ 21. Das Verhältnis einer Teilungsanordnung des Erblassers zu einer Vermächtniszuwendung 38
§ 22. Das Verhältnis einer Teilungsanordnung des Erblassers zu einer Verwaltungsanordnung und zu einer Bestimmung des Erblassers gemäß § 1369 BGB. 38

IV. Abschnitt.

§ 23. Zusammenfassung der bisher gefundenen Ergebnisse über die Entwicklung des Instituts der Teilungsanordnung des Erblassers 40

Seite

Zweiter Teil.

Die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers.

§ 24. Allgemeines über die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers 41

I. Abschnitt: Die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers.

1. Kapitel.

§ 25. Die Verbindlichkeit einer divisio bonorum des gemeinen Rechts für die Erben 43

2. Kapitel.

§ 26. Die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts für die Erben 44

3. Kapitel.

§ 27. Allgemeines über die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des geltenden Rechts 46

§ 28. a) Die Lehre von der Unabdingbarkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers, insbesondere ihre Herleitung aus der Erwähnung der §§ 749 Abs. II u. III, 750, 751, 1010 Abs. I BGB. in § 2044 Abs. I Satz 2 BGB. 48

b) Die Teilungsanordnung des Erblassers als Dispositivbestimmung. (Vergleichende Heranziehung der Erbeinsetzung als Dispositivbestimmung für die Frage nach dem Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers.) 50

c) Die „Pflichtverletzung" des Erben, der seine Zustimmung zu einer Abweichung von der Teilungsanordnung des Erblassers gibt. (Die hierfür von Binder und Endemann angeführten Begründungen.) 54

d) Vergleichende Betrachtung einer Teilungsanordnung des Erblassers und einer Auflage hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkungen zum Zwecke der Feststellung des Maßes der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung 55

§ 29. Die Abänderung oder Außerkraftsetzung einer Teilungsanordnung des Erblassers durch den Beschluß der Erben 57

§ 30. a) Die Bedeutung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers für das Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers 61

b) Die Beschwerung der Erben mit einer Auflage, die diese zur Befolgung der Teilungsanordnung des Erblassers verpflichtet 66

Seite

c) Die Belastung der Erben mit einer auflösenden Bedingung zur Sicherung der durch die Teilungsanordnung des Erblassers geregelten Verteilung der Nachlaßgegenstände nach vollendeter Erbauseinandersetzung 67

§ 31. Die Sicherung der Teilungsanordnung des Erblassers durch eine Eintragung im Grundbuch gemäß § 1010 Abs. I BGB. . . 68

§ 32. a) Die Unwirksamkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers gemäß § 2306 Abs. I BGB. 70

b) Fälle der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen einer Teilungsanordnung des Erblassers 74

II. Abschnitt.

§ 33. Untersuchung der Frage, ob die Zuweisungen von Nachlaßsachen in einer Teilungsanordnung des Erblassers dingliche oder obligatorische Wirkung haben 77

Dritter Teil.

Die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers.

§ 34. Allgemeines über die Möglichkeiten der Feststellung der rechtlichen Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers 82

§ 35. Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers unter einen dem Erbrecht bekannten Begriff einzuordnen. (Besteht die Möglichkeit der Kennzeichnung als Auflage oder als Vermächtnis, und zwar als Vorausvermächtnis?) 84

§ 36. Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers als Summe bekannter Rechtsbegriffe darzustellen und auf diesem Wege ihre rechtliche Natur zu bestimmen 87

§ 37. Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers ihrer rechtlichen Natur nach als wechselseitige Vorausvermächtnisse darzustellen 93

§ 38. Die Lehre, die divisio bonorum des gemeinen Rechts und die Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts habe die rechtliche Natur wechselseitiger Vorausvermächtnisse und ihre Berechtigung 99

§ 39. Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers ihrer rechtlichen Natur nach als Rechtsquelle zu bezeichnen . . . 104

§ 40. Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers als antizipiertes, konstitutives richterliches Urteil zu kennzeichnen . 107

Literatur.

Bachofen, I. I., Das römische Pfandrecht. Band I. Basel 1847.

Berolzheimer, Richard, Wann bildet die Teilungsanordnung eine Beschränkung im Sinne des § 2306 BGB.? In LZ. 1919 Sp. 358 ff. (zit.: Berolzheimer)

— Zuteilung eines nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenstandes durch erblasserische Teilungsanordnung (§ 2048 Satz 1 BGB.). In ArchZivPrax. Bd. 117 S. 404 ff. (zit.: Zuteilung)

Binder, Julius, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil III. Leipzig 1905.

Boehm, I., Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. Hannover 1900.

Braun, I. R., Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pandecten-System. Teil I. Stuttgart 1831.

Brettner, Streifzüge durch das Bürgerliche Gesetzbuch. In Recht 1900 S. 223 ff.

Brinz, Alois, Lehrbuch der Pandekten. Bd. III. 2. Aufl. Erlangen 1886.

Brunnemann, Johannes, Commentarius in Codicis Justineanei. 1672. (zit.: Brunnemann)

— Commentarius in quinquaginta liberos Pandectarum. Wittenberg 1731. (zit.: Comm.)

Buchholtz, Alexander August, Die Lehre von den Praelegaten. Jena 1850.

van Cleef, Die letztwillige Schiedsgerichtsklausel. Heidelberger Dissertation 1914.

Crome, Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band V. Tübingen 1912.

Dernburg, Heinrich, Pandekten. Bd. I u. III. 7. Aufl. Berlin 1903. (zit.: Dernburg)

— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. III: Familienrecht und Erbrecht. 4. Aufl. Halle 1896. (zit.: Pr.PrR.)

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. V. 3. Aufl. Halle 1911. (zit.: BGB.)

Eck, Ernst, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. I. 1./2. Aufl. Berlin 1903.

Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III. 8./9. Aufl. Berlin 1919. (zit.: Endemann)
— zu Entscheidung 6. In JW. 1924 S. 1970 f. (zit.: Endemann, JW. 1924)
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Bd. I. 12. Bearb. (von Enneccerus). Marburg 1928.
Bd. II. 11. Bearb. (von Lehmann). Marburg 1931.
Bd. III. 8. Bearb. (von Wolff). Marburg 1929.
Bd. IV. 7. Bearb. (von Kipp und Wolff). Marburg 1931.
Bd. V. 8. Bearb. (von Kipp). Marburg 1930.
Euler, Matthias Josephus, De testamento et divisione parentum inter liberos commentatio. Berlin 1820.
Faber, Antonius, De erroribus pragmenticorum. Lugduni 1604.
Fein, Eduard, Ausführliche Erläuterung der Pandecten von C. F. von Glück. Bd. 44 Erlangen 1851; Bd. 45 Erlangen 1853.
Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. IV. 5. Aufl. Berlin 1888.
Frankenfeld, Johannes H. A., Dissertatio de discrimine nudae divisionis et testamenti parentum inter liberos. Göttingen 1792.
Fritz, Johann Adam, Versuch einer historisch-dogmatischen Entwicklung der Lehre von dem Testamente der Aeltern unter ihren Kindern. Gießen 1822.
Froben, H., Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Rechts. Ein Commentar zu der achten Auflage des Pandekten-Rechts von F. A. I. Thibaut. Erste Abteilung. Stuttgart 1836.
Frommhold, Georg, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
Gaill, Practicarum Observationum. Köln 1668.
Gaupp-Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. 14. Aufl. Tübingen 1929.
v. Glück, Christian Friedrich, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Bd. 11. Erlangen 1809.
Goldmann, Ernst, Ist zur Erhebung erbrechtlicher Aufwertungsansprüche die Anfechtung der letztwilligen Verfügung erforderlich? In JW. 1924 S. 1123 f.
Göschen, Joh. Friedr. Ludw., Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. III, 2. 2. Aufl. Göttingen 1843.
Gruchot, I. A., Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht. Bd. I u. III. Berlin 1865.
Hachenburg, Max, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97. 2. Aufl. Mannheim 1900.
Harprecht, Ferdinand Christoph, De divisione bonorum inter liberos a parente. In Harprecht, Dissertationes Academicae, Vol. II, Disputatio LX, S. 665 ff. Tübingen 1737.
Heimbach, Erbschaftsteilung. In Weiskes Rechtslexikon Bd. III S. 947 ff. 2. Ausgabe, Leipzig 1844.

Hertius, Johann Nicolaus, Responsa et Consilia. Frankfurt a. M. 1729.
Herzfelder, Felix, zu Entscheidung 6. In JW. 1924 S. 1970.
Hölder, Eduard, Beiträge zur Geschichte des Römischen Erbrechts. Erlangen 1881. (zit.: Beiträge)
— Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905. (zit.: Hölder)
Höpfner, Ludwig Julius Friedrich, Theoretisch praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen. 8. Aufl., 2. Abdruck, 1833.
Hormann, Hugo, Testament. In Handwörterbuch der Rechtswissenschaften Bd. VI, Berlin u. Leipzig 1929.
Jaeger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung. 7. Aufl. 1931.
Jörs, Paul, Geschichte und System des römischen Privatrechts. Berlin 1927.
Jung, Erich, Bürgerliches Recht. In Das gesamte Deutsche Recht, herausgeg. von R. Stammler, Bd. I, S. 447 ff. Berlin 1931.
Koch, C. F., Das preußische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt. Berlin 1866.
Koeppen, Albert, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1886.
Kohler, Joseph, Gemeinschaften mit Zwangsteilung. In ArchZivPrax. Bd. 91 S. 309 ff. (zit.: ArchZivPrax. Bd. 91)
— Parteiwille und Rechtssatz im Testament. In ArchZivPrax. Bd. 99 S. 118 ff. (zit.: ArchZivPrax. Bd. 99)
— über Fritz Krug: Das Willensdogma bei einseitigen letztwilligen Verfügungen im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft Bd. 25 S. 235 f. (zit.: ZVerglRW. Bd. 25)
Kreß, Hugo, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1903.
Kretschmar, Gustav, Die Natur des Praelegats nach römischem Recht. Leipzig 1874.
Kretzschmar, Ferdinand, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1910. (zit.: Kretzschmar)
— Die Auseinandersetzung zwischen den Miterben. In SächsArchiv 1908 S. 129 ff. (zit.: Kretzschmar, SächsArch. 1908)
— Das Vorausvermächtnis. In SächsArchiv 1922 S. 2 ff. (zit.: Kretzschmar, SächsArch. 1922)
Kuetgens, Das Vorausvermächtnis nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Borna-Leipzig 1913.
Leonhard, Franz, Erbrecht. 2. Aufl. Berlin 1912.
Marcus, Wesen und Form des Erbauseinandersetzungsvertrages nach deutschem Rechte. In Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit (ZBlFG.) Jahrg. IX S. 121 ff.
Marcuse, Die Zuwendung eines Nachlaßgrundstücks unter Festsetzung eines Übernahmepreises durch Vorausvermächtnis und durch Teilungsanordnung. Würzburger Dissertation 1919.

Mencke, Lüder, Disputatio Juridica de Codicillis Parentum inter Liberos. In Mencke, Selectae Dissertationes Juridicae, Disp. XIX S. 639 ff. Lipsiae 1705.
Mentzel, Franz, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 3. Aufl. Mannheim 1928.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. V. Berlin 1888. (zit.: Mot. V)
Mühlenbruch, Christian Friedrich, Lehrbuch des Pandektenrechts. Teil III. 3. Aufl. Halle 1840. (zit.: Lehrbuch)
— in Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld von C. F. von Glück. Bd. 40 Erlangen 1838; Bd. 42 Erlangen 1845. (zit.: Bd. 40 bzw. Bd. 42)
Nathan, Schließt eine letztwillig getroffene Teilungsanordnung die Annahme eines Vorausvermächtnisses rechtsgrundsätzlich aus? In Württemberg. Zeitschr. f. d. freiw. Gerichtsbarkeit 1929 S. 33 ff.
Neumann, Hugo, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. II. 6. Aufl. Berlin 1912. (zit.: Neumann)
— Jahrbuch des Deutschen Rechts. Bd. VII. Berlin 1909. (zit.: Jahrbuch)
Neuner, Karl, Die heredis institutio ex re certa. Gießen 1853.
Nipperdey, Hans Carl, Beiträge zum Tarifrecht. 1924.
Peiser, Heinrich, Handbuch des Testamentsrechts. Berlin 1902.
Pfeiffer, B. W., Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Bd. IV. Hannover 1836.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V: Erbrecht, bearbeitet von Flad, Ebbecke, Strecker, Greiff. 4. Aufl. 1930.
Pothier, R. J., Pandectae Justinianeae. Tom. I. Parisiis 1818.
Pringsheim zu Entscheidung 12. In JW. 1925 S. 359 f.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. V Berlin 1899; Bd. VI Berlin 1899. (zit.: Prot. V bzw. Prot. VI)
Rabel, Ernst, Grundzüge des römischen Privatrechts. In Enzyklopädie der Rechtswissenschaften von Holtzendorff, Kohler Bd. I, 7. Aufl. 1915.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. V: Erbrecht, bearbeitet von Michaelis und Seyffarth. 7. Aufl. 1928.
Roßhirt, Konrad Eugen Franz, Die Lehre von den Vermächtnissen. Bd. I. Heidelberg 1835.
Schloßmann, Siegmund, Über die letztwillige Schiedsgerichtsklausel. In Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts Bd. 37 S. 301 ff.
Schultzenstein, Max, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht. 2. Ausg. Berlin u. Leipzig 1883.
Siber, Heinrich, Grundrisse zu Vorlesungen über Deutsches Bürgerliches Recht. Bd. V: Erbrecht. Leipzig 1928.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. Bd. V: Erbrecht, bearbeitet von Herzfelder. 9. Aufl. 1928.
Stedler, Julius, Die Teilungsanordnung. Greifswalder Dissertation 1912.
Strohal, Emil, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I u. II. 3. Aufl. Berlin 1903.
Struvius, Georg Adam, Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis. Editio 10. Jena 1710.
Strykius, Samuel, Tractatus de cautelis testamentorum. Editio IV. Halle 1726.
Thibaut, Anton Friedrich Justus, System des Pandektenrechts. 8. Ausg. Jena 1834.
Voet, Johannis, De Erciscunda Familia. Brüssel 1717. (zit.: Voet)
— Commentarius ad Pandectas. Tom. I. Haag 1726. (zit.: Comm.)
Weißler, Adolf, Das Deutsche Nachlaßverfahren. Berlin 1900.
Wening-Ingenheim-Fritz, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. Bd. III. 5. Aufl. München 1838.
Wertheim, Hedwig, Die rechtliche Natur einer letztwilligen Teilungsanordnung. Hamburger Dissertation 1925.
Westphal, Ernst Christian, Theorie des römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Frankfurt u. Leipzig 1790.
Wildvogel, Christian, Commentatio de divisione parentum inter liberos. Vom Väterlicher Theilung. Jena 1748.
Wilke-Reatz-Koffka-Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Kommentar und Anmerkungen. Bd. V: Erbrecht. Berlin 1900.
Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. III. 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891.
Witte, Karl, Anwachsungsrecht. In Weiskes Rechtslexikon Bd. I S. 270 ff., Leipzig 1844.
Wolff, Martin, Der nicht begehrte Pflichtteil. In Gruchots Beitr. Bd. 67 S. 261 ff.

Einleitung.

§ 1.

Über die Berechtigung einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Trifft ein Erblasser eine Verfügung von Todes wegen über seinen Nachlaß, wird es ihm oft nicht nur darauf ankommen, zu bestimmen, w e r Erbe seines Vermögens sein soll, sondern es wird ihm in vielen Fällen gerade daran gelegen sein, über die A r t der Vermögens v e r t e i l u n g unter die Erben Anordnungen zu treffen. Der innere Beweggrund für solche Bestimmungen ist nicht in rein juristischen Erwägungen zu suchen; er entspringt vielmehr in erster Linie menschlichen Empfindungen des Erblassers, der über das Schicksal der von ihm erworbenen Vermögensstücke über seinen Tod hinaus Gewißheit haben möchte, ferner aus dem Bestreben, daß die Vermögensbeziehungen des Erblassers im Erben fortleben sollen; letzteres erklärt die Einstellung des nachklassischen römischen Rechts, nach welchem der Erblasser und der Erbe hinsichtlich des Nachlasses als ein und dieselbe Person angesehen wurden [1]); das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch sagt [2]): „Der Erbe stellt, sobald er die Erbschaft angetreten hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor. Beide werden in Beziehung auf einen Dritten für eine Person gehalten."

Der Wille des Erblassers, neben der Erbeinsetzung die Art der Verteilung zu bestimmen, hat schon frühzeitig rechtliche Anerkennung gefunden. Das Wesen und die Auswirkungen solcher Anordnungen sind nicht nur geschichtlich und rechtlich beachtlich,

---

[1]) Nov. 48 praef. — Vgl. auch Brunnemann, Comm. Lib. XXIX Tit. II, L. 37 nr. 1 und Lib. XLI Tit. I, L. 34 nr. 1 über die Einstellung des gemeinen Rechts zu dieser Frage; ferner insbesondere Hölder S. 145 ff.

[2]) § 547.

sondern auch für die allgemeine Frage, wie weit die einzelnen Rechtsordnungen dem Erblasser die Macht einräumen, über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode Bestimmungen zu treffen und die Erben an seine Vorschriften zu binden.

Die vorliegende Arbeit soll sich darauf beschränken, das Vorkommen derartiger Bestimmungen des Erblassers für das geltende deutsche Recht unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts und des preußischen Landrechts darzustellen und zu untersuchen. Die Behandlung des gemeinen Rechts und des preußischen Rechts soll also keine vollständige sein, vielmehr werden diese beiden Rechtsordnungen nur so weit Berücksichtigung finden, als sie für das Verständnis und die Entwicklung des Instituts der Teilungsanordnung des geltenden Rechts von Bedeutung sind.

§ 2.

Definition und Allgemeines über die Teilungsanordnung des Erblassers.

Was ist eine Teilungsanordnung? Beschränkt man sich darauf, zunächst nur ihre wesentlichste Eigenschaft festzustellen, an der sie erkennbar ist und durch die sie von anderen Vorschriften eines Erblassers unterschieden werden kann, so kann man unter Ausdeutung des Wortes „Teilungsanordnung“ und Heranziehung des in der Einleitung Gesagten eine Definition dahin geben: Unter den Begriff der Teilungsanordnung fallen die Bestimmungen des Erblassers, die sich auf die Aus- und Durchführung der Erbauseinandersetzung zwischen den Miterben beziehen. Dies ist jedoch nur eine allgemeine Umschreibung des Instituts; es ist nach der positiven Seite hin noch nicht gesagt, welchen Inhalt die im Rahmen einer Teilungsanordnung getroffenen Bestimmungen haben können, in welcher Form sie niederzulegen sind, ebenso, ob und welche Berührungspunkte eine Teilungsanordnung mit anderen Bestimmungen des Erblassers (wie Erbeinsetzung, Aussetzung eines Vermächtnisses oder Vorausvermächtnisses, Belastung mit einer Auflage usw.) hat, schließlich darüber, wie eine Teilungsanordnung rechtlich zu charakterisieren ist. Alle diese Fragen sollen im folgenden erörtert werden.

Vorauszuschicken ist, daß eine Teilungsanordnung des Erblassers überhaupt nur dann eine Daseinsberechtigung hat, wenn der Nachlaß auf mehrere Erben übergeht. Ist nur ein Erbe vorhanden, so muß eine solche Bestimmung ihren Sinn verlieren, weil ja ohnehin der gesamte Nachlaß diesem Einen zufällt und keine „Teilung" stattfindet, für die der Erblasser „Anordnungen" treffen könnte. Es wird demnach im folgenden stets vorausgesetzt werden, daß mehrere Personen (mindestens zwei) — es ist gleichgültig, ob es sich um natürliche oder juristische Personen oder um eine nicht rechtsfähige Personenvereinigung handelt — als Erben berufen sind.

Weiterhin möchte ich vorwegnehmen: Es kann in zweierlei Umfang eine Teilungsanordnung zulässig sein:

a) nur bestimmte Erblasser können für bestimmte Erben Vorschriften für die Erbauseinandersetzung aufstellen (z. B. die Eltern für ihre Kinder);

b) jeder Erblasser kann für jeden als Erben Berufenen Anordnungen für die Erbschaftsteilung treffen.

Wie diese Frage in den einzelnen Rechtsordnungen geregelt wurde, darauf soll an den entsprechenden Stellen eingegangen werden.

Im folgenden soll zunächst einiges über Vorkommen, Form und Inhalt der divisio bonorum des gemeinen Rechts und der Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts gesagt werden, auf die die Teilungsanordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zurückgeht, um einen Überblick über die Entwicklung des Instituts zu erhalten und späterhin darauf zurückgreifen zu können; im Anschluß hieran wird auf die Regelung des geltenden deutschen Rechts eingegangen werden.

Erster Teil.

Vorkommen, Form und Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers.

I. Abschnitt.

Die divisio bonorum des gemeinen Rechts.

1. Kapitel.

§ 3.

Die allgemeine divisio bonorum.

Das gemeine Recht kannte eine divisio bonorum schlechthin; d. h. jeder Erblasser konnte eine sogenannte „vorläufige Erbtheilung" vornehmen, in der er nicht bestimmte, wer seine Erben sein sollen— dies ergibt sich entweder aus der Intestaterbfolge oder einer Erbeinsetzung —, sondern welche Nachlaßgegenstände den einzelnen Erben zuzuteilen sind; den Beweis hierfür liefern Stellen aus den Digesten des Corpus iuris civilis Iustiniani [1]); auch die Mehrzahl der Schriftsteller des gemeinen Rechts vertritt diese Ansicht [2]).

Buchholtz [3]) wendet sich daher mit Recht gegen die Meinung, daß eine divisio bonorum nur dann zulässig gewesen sei, wenn kein

---

[1]) D. XXXIV, 9, 15 De his quae; D. X, 2, 33 Fam. ercisc.

[2]) Voet Cap. II nr. 4 S. 26; Heimbach S. 948; Glück S. 110; Mühlenbruch Bd. 42 S. 163; Buchholtz S. 235; Brinz § 407 S. 282; Windscheid § 608 Anm. 16 S. 207.

[3]) S. 235 Anm. 25. — Die Nennung von Witte und Heimbach als Vertreter der von ihm bekämpften Ansicht ist allerdings unrichtig. Beide Schriftsteller sagen lediglich, daß eine in der privilegierten Form der divisio bonorum parentum inter liberos errichtete Teilung nur Gültigkeit habe, wenn Intestaterbfolge eintrete. Ob dies richtig ist, kann

Testament vorhanden war. Würde diese Behauptung zutreffen, wäre die notwendige Folgerung, daß eine divisio bonorum nur betreffs der Erbverteilung unter die Intestaterben möglich gewesen ist, da nur diese beim Fehlen einer Erbeinsetzung als Erben berufen waren. Sollte die divisio bonorum sich aber auch auf die Erbteile fremder Erben erstrecken können — was zweifellos anzunehmen ist, wie sich aus den oben zitierten Quellenstellen, die von dem „heres" schlechthin sprechen, ergibt —, so durfte ihr Bestand nicht von dem Nichtvorhandensein einer Verfügung von Todes wegen abhängig gemacht werden, denn: die Erbberechtigung einer dem Erblasser fremden, d. h. nicht zur Intestaterbfolge berufenen Person konnte nur durch Erbeinsetzung begründet werden; da diese also Voraussetzung für die Erbeneigenschaft ist, müßte in allen solchen Fällen eine divisio bonorum unmöglich gewesen sein. Dieses Ergebnis steht aber in Widerspruch mit dem Gesetz [4]).

§ 4.

Die divisio bonorum parentum inter liberos.

Weit häufiger als das Vorkommen einer allgemeinen divisio bonorum war die Errichtung einer divisio bonorum parentum inter liberos, mit der sich daher auch die Literatur vorwiegend beschäftigt hat. Aus der Tatsache, daß das gemeine Recht eine allgemeine divisio bonorum kannte [1]), ist nun aber zu folgern, daß es sich bei der divisio bonorum parentum inter liberos nicht um eine besondere und neue Rechtserscheinung handelt, vielmehr nur um einen Sonderfall der allgemeinen divisio bonorum [2]), der lediglich durch sein zahlreicheres Vorkommen und einzelne nur ihm zugute kommende Erleichterungen für die Form der Errichtung [3]) mehr Be-

---

erst an späterer Stelle untersucht werden (vgl. unten S. 6 f.); dies hat jedenfalls gar nichts mit der hier erörterten Frage zu tun. Während Witte überhaupt nur von der divisio bonorum parentum inter liberos spricht, ohne auf das Vorkommen einer allgemeinen divisio bonorum einzugehen, erklärt Heimbach an anderer Stelle (S. 948) eine solche ausdrücklich für zulässig (vgl. auch Anm. 1 dieses Paragraphen).

[4]) Vgl. Anm. 1 dieses Paragraphen.

[1]) Vgl. oben S. 4 f.

[2]) So auch Schultzenstein § 22 S. 125.

[3]) Vgl. unten S. 8 f.

achtung gefunden hat als der allgemeine Fall. Alle Erörterungen mit Ausnahme der über die Form anzustellenden können deshalb gemeinsam für beide Erscheinungsformen der divisio bonorum gemacht werden, und die in der Literatur für die divisio bonorum parentum inter liberos angestellten Untersuchungen dürfen innerhalb der eben angegebenen Grenzen auf die allgemeine divisio bonorum übertragen werden. Es erübrigt sich daher, im folgenden beide ganz getrennt zu betrachten.

Das häufigere Vorkommen einer divisio bonorum der Eltern für ihre Kinder erscheint bereits aus den in der Einleitung [4]) angestellten allgemeinen Erwägungen gerechtfertigt. Denn gerade in solchen Fällen dürfte ein besonderes Interesse vorliegen, eine möglichst weitgehende, sich auch auf einzelne Gegenstände erstreckende Verteilung des Nachlasses vorzunehmen. Dieser Forderung hat sich das Gesetz angepaßt, das den Teilungsbestimmungen der Eltern für ihre Kinder eine Vorrangstellung einräumte, indem es die besondere Form des schriftlichen Aufsatzes schuf [5]).

Es ist nun bestritten, ob eine derartige in privilegierter Form errichtete divisio bonorum parentum inter liberos nur dann zulässig war, wenn Intestaterbfolge eintrat, oder ob sie auch neben einer über die Erbeinsetzung der Kinder verfügenden Bestimmung bestehen durfte, also neben einem Testament (gewöhnlichen oder privilegierten) oder einem Erbvertrag.

In der Literatur ist vorwiegend die Ansicht vertreten, daß eine privilegierte divisio bonorum parentum inter liberos nur bei Intestaterbfolge gültig war [6]). Dennoch liegt m. E. kein Grund zu dieser Annahme vor, vor allem da das Gesetz nichts dergleichen bestimmt [7]). Es ist natürlich, daß eine solche vereinfachte Erbteilung meist dann auftrat, wenn keine besonderen Bestimmungen über die Erbfolge getroffen worden waren, also die Beerbung nach

---

[4]) Vgl. oben S. 1.

[5]) Hierauf ist noch näher einzugehen; vgl. unten S. 9.

[6]) Wildvogel These II und These III S. 2; Struvius Lib. II Tit. XVI nr. 9 S. 220; Höpfner Lib. II Tit. XI § 460 Anm. 2 S. 352 f.; Westphal Kap. 5 Abth. 2 § 816 S. 625; Thibaut Buch IV Theil II § 846 S. 368; Mencke These I S. 641 f.; Frankenfeld § 9 S. 19; Pfeiffer S. 102 u. S. 104; Heimbach S. 948 f.; Witte S. 282; Wening-Ingenheim-Fritz § 482 S. 312.

[7]) Vgl. Nov. 18 c. 7; Nov. 107 c. 3, aus denen sich die Zulässigkeit des schriftlichen Aufsatzes ergibt.

den gesetzlichen Regeln vor sich zu gehen hatte. Warum sollte es aber den Eltern, die bereits in einem Testament oder Erbvertrag ihre zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Deszendenten als Erben eingesetzt hatten, versagt gewesen sein, späterhin noch eine divisio bonorum parentum inter liberos zu errichten? Eine solche Regelung wäre besonders dann ungerecht und unhaltbar, wenn das vorhandene Testament oder ein Erbvertrag die Kinder auf die gleichen Erbquoten einsetzte, die ihnen ohnehin kraft Gesetzes zufallen würden. Vor allem wäre dies auch keineswegs mit dem Sinn des Gesetzes, das weitestmögliche Vereinfachung und Erleichterung anstrebte, zu vereinbaren. Ich halte daher die Meinung, daß die divisio bonorum parentum inter liberos auch neben einem Testament oder Erbvertrag wirksam bestehen konnte, für die richtige [8]).

2. Kapitel.

§ 5.

Die allgemeinen Formen der divisio bonorum.

Der Erblasser konnte gewöhnlich eine divisio bonorum nur durch die an strenge Formen gebundenen Verfügungen von Todes wegen: Testament, Erbvertrag oder Kodizill wirksam errichten. Unbestritten war dies nur für das Testament. Über die Zulässigkeit einer divisio bonorum in einem Erbvertrag oder Kodizill gingen die Meinungen auseinander. Die Richtigkeit der obigen Behauptung ergibt sich aber aus juristischen Gründen: Ein Erbvertrag, den das gemeine Recht im Gegensatz zum römischen Recht anerkannte, konnte alle in einem Testament möglichen Verfügungen des Erblassers enthalten [1]); für Kodizille galt das gleiche mit der Einschränkung, daß eine Erbeinsetzung in ihnen nicht wirksam erfolgen konnte [2]). Da es sich bei der divisio bonorum nicht um

---

[8]) So auch: Voet Cap. II nr. 3 S. 25 und nr. 4 S. 26; Mühlenbruch Bd. 42 S. 232; Göschen § 902 S. 297; Fein Bd. 45 S. 82 ff.; ferner Koch § 61 S. 622; das dort für das preußische Allgemeine Landrecht Gesagte kann auch hier verwertet werden.

[1]) Vgl. Windscheid § 529 Anm. 3 und Text hierzu.

[2]) Vgl. Windscheid § 628 S. 259.

eine Erbeinsetzung handelt [3]), sie in einem Testament möglich war, und keine entgegenstehende Gesetzesbestimmung bestand, ist nicht einzusehen, warum eine divisio bonorum nicht mit gleicher Berechtigung in einem Erbvertrag oder Kodizill errichtet werden konnte [4]). Die Ansicht von Koeppen [5]), der Nicht-Aszendent könne eine divisio bonorum nur im Testament vornehmen, ist daher unrichtig, sofern nicht das Wort „Testament" hier als Oberbegriff aller im wesentlichen gleichwertigen Verfügungen von Todes wegen: Testament, Erbvertrag, Kodizill, gebraucht ist. Wenn Brinz [6]) dagegen ausdrücklich sagt, daß die divisio bonorum n u r in einem Testament, n i c h t in einem Kodizill für zulässig zu erachten war, so ist dies aus den oben angegebenen Gründen als falsch zu bezeichnen.

Das hier für j e d e n Erblasser Gesagte muß auch für den verfügenden Aszendenten gelten, denn das Gesetz bestimmt nicht, daß die Eltern bei einer divisio bonorum für ihre Kinder auf die nur ihnen zustehende privilegierte Form des schriftlichen Aufsatzes beschränkt sein sollten. Die Eltern konnten also für die Verteilung ihres Vermögens unter ihre Kinder ebenso wie jeder für fremde Erben verfügende Erblasser die Form eines Testaments, Erbvertrags oder Kodizills wählen [7]).

Nicht einzugehen ist hier auf die besonderen Testamentsformen, z. B. das testamentum militis, deren Formvereinfachungen auch der Errichtung einer divisio bonorum zugute kamen.

§ 6.

Die Sonderform der divisio bonorum parentum inter liberos.

Eine divisio bonorum parentum inter liberos konnte ursprünglich, in der Frühzeit des römischen Rechts, ebenso wie jede andere divisio bonorum gänzlich formlos errichtet werden. Diese Tatsache

---

[3]) Vgl. hierüber auch unten S. 33 ff.

[4]) Vgl. bezüglich des Erbvertrages auch: Euler Pars II Cap. III §§ 86—88 S. 93 ff.; bezüglich der Kodizille: Fein Bd. 44 S. 329.

[5]) Anm. 6 zu § 71 S. 451.

[6]) Anm. 69 zu § 407 S. 283.

[7]) So auch Frankenfeld § 9 S. 19; Gaill Lib. II Observatio CXVI nr. 6 S. 525.

interessiert hier nur insoweit, als sie die allgemeine Einstellung — weitestgehende Freiheit für den Erblasser, über den Verbleib seines Vermögens zu bestimmen — widerspiegelt. Als im späteren römischen Recht diese Befugnis des Erblassers beschränkt wurde, waren zunächst auch die Eltern, die zugunsten ihrer Kinder eine Erbteilung vornahmen, an die aufgestellten strengen Formvorschriften gebunden. Erst durch die Novellen wurde eine Neuregelung eingeführt, die in Hinblick darauf, daß gerade für die Eltern eine einfachere Regelung wünschenswert sei, die Sonderform des schriftlichen Aufsatzes geschaffen hat [1]). Ein solcher Aufsatz mußte enthalten: die Angabe der zu verteilenden Gegenstände, die Namen der Kinder, denen die bezeichneten Nachlaßstücke zufallen sollen, schließlich mußte er entweder von dem Disponenten selbst oder von den Kindern unterschrieben sein [2]). Die gesetzliche Grundlage für diese besondere Errichtungsart bilden die Stellen: Nov. 18 c. 7 und Nov. 107 c. 3.

Der von Buchholtz [3]) als weitere Möglichkeit der Vermögensverteilung unter die Kinder angegebene Fall: die divisio bonorum parentum inter liberos könnte in irgendeiner von den gesetzlich anerkannten abweichenden Form erfolgen, gehört m. E. nicht hierher. Buchholtz führt aus, eine solche gänzlich formlose Disposition „kann gar nicht auf Giltigkeit Anspruch erheben. Wird sie befolgt, so beruht die Theilung nicht auf dieser" — formlosen — „Urkunde, sondern lediglich auf der Übereinkunft der Erben". Diese Folgerung ist unbedingt richtig; aber es ist hinzuzufügen, daß wir es dann eben nicht mehr mit einem Fall der divisio bonorum zu tun haben, sondern mit einer selbständigen Abmachung der Erben untereinander, die zwar mit dem Willen der Eltern übereinstimmt, jedoch nicht auf Grund rechtlicher Gebundenheit, vielmehr auf freier Entschließung der Kinder beruht. Die Beachtung dieser letzten Möglichkeit hat also aus der Beurteilung der divisio bonorum parentum inter liberos auszuscheiden.

---

[1]) Vgl. hierzu Fritz 1. Abschn. § 5 S. 11 f.; ferner auch Frankenfeld § 1 S. 9 f.; Mühlenbruch Bd. 42 S. 165; Koch § 61 VII S. 617.

[2]) Vgl. Frankenfeld § 2 S. 11 f.; Strykius Cap. X § 13 S. 405; Thibaut Buch IV Theil II § 846 S. 368; Heimbach S. 948 f.; Mühlenbruch Bd. 42 S. 233; Wening-Ingenheim-Fritz § 482 S. 312 f.; Koch § 61 S. 618 u. S. 621; Göschen § 902 S. 297.

[3]) S. 239.

Wurde von den Eltern die besondere Form des schriftlichen Aufsatzes für die divisio bonorum parentum inter liberos benutzt, so kam es vor, daß dieser Verfügung die rechtliche Wirkung eines Kodizills beigemessen werden konnte. Dies war dann möglich, wenn das Schriftstück von den bedachten Kindern unterschrieben worden war, und die Zahl der unterzeichneten Deszendenten fünf oder mehr betrug; in diesen Fällen waren neben den Erfordernissen des schriftlichen Aufsatzes auch die des Kodizills erfüllt, da die zur gültigen Errichtung eines Kodizills erforderliche Zahl der Zeugen erreicht war; die Anordnung konnte dann also sowohl als schriftlicher Aufsatz, wie auch als Kodizill angesehen werden [4]).

Die Vorzugsstellung, die die divisio bonorum parentum inter liberos einnahm, bringt es mit sich, daß das zugebilligte Vorrecht nur den Personen zugute kommen konnte, denen es nach dem Wesen der Sache allein zugedacht war. Eine Erweiterung des Personenkreises über das Verhältnis der Aszendenz zur Deszendenz widerspricht der notwendigen engen Interpretierung der Vorschriften über die Formerleichterung und war unzulässig [5]).

3. Kapitel.

§ 7.

Der Inhalt der divisio bonorum.

Der Inhalt der divisiones bonorum läßt sich bereits aus dem Namen ableiten: divisio = Teilung, Verteilung. Wir haben es im gemeinen Recht mit Zuweisungen der einzelnen Nachlaßgegenstände an die Erben zu tun [1]), ebenso konnte auch bestimmt werden, wer die auf dem Nachlaß ruhenden Schulden zu begleichen hatte [2]).

---

[4]) Vgl. Buchholtz S. 239 Anm. 40.

[5]) Vgl. Mühlenbruch Bd. 42 S. 176; Braun § 708, 4 S. 656; was dort für das testamentum privilegiatum parentum inter liberos gesagt ist, muß auch für die divisio bonorum parentum inter liberos in bevorrechtigter Form angenommen werden. Vgl. ferner Fein Bd. 45 S. 81.

[1]) Vgl. Struvius Lib. II Tit. XVI nr. IX S. 220; Euler Pars II Cap. II § 82 S. 89; Mühlenbruch Bd. 42 S. 237; Heimbach S. 948; Koch § 61 S. 618.

[2]) Vgl. Euler Pars II Cap. II § 82 S. 89 f.; Faber Dec. XLII Error VIII S. 844 ff.; Mühlenbruch Bd. 42 S. 236; Heimbach S. 948.

Die so vorgenommene Verteilung des Nachlasses konnte eine erschöpfende sein oder auch nur einen Teil desselben erfassen. Im letzteren Falle erwarben die Erben die unverteilt gebliebenen Nachlaßstücke nach den allgemeinen Regeln und entsprechend ihren Erbportionen [3]).

Für die divisio bonorum parentum inter liberos ist noch besonders zu bemerken, daß die Verteilung auch ungleich erfolgen konnte, d. h. einem Intestaterben mehr zugewiesen werden durfte als anderen, jedoch durfte hierdurch der Pflichtteil nicht verkürzt werden [4]).

Neben den soeben genannten Bestimmungen konnte eine divisio bonorum sich auch mit der Regelung der Kollationspflichten befassen. Sicher ist, daß solche erlassen werden durften, bestritten hingegen, ob derartige Verpflichtungen in einer divisio bonorum auch begründet werden konnten. Derartige Anordnungen des Erblassers sind als Verteilungsregeln anzusehen, weil von der Höhe der Ausgleichungen die weiteren Zuteilungen auf den Erbteil abhängig sind [5]).

II. Abschnitt.

Die Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts.

1. Kapitel.

§ 8.

Allgemeines über das Vorkommen einer Teilungsanordnung.

Das preußische Allgemeine Landrecht behandelt die Teilungsanordnung des Erblassers an zwei Stellen des Gesetzes, und zwar

---

[3]) Vgl. Mencke These I S. 642; Mühlenbruch Bd. 42 S. 236; Heimbach S. 948; Koch § 61 S. 618.

[4]) Vgl. Struvius Lib. II Tit. XVI nr. IX S. 220; Hertius Resp. CCCCLII; Voet Cap. II nr. 1 S. 23; Wildvogel These VI S. 6 f.; Strykius Cap. X § 13 S. 404; Glück S. 107; Mühlenbruch Bd. 42 S. 237; Heimbach S. 948. Bezüglich des Pflichtteils vgl. auch unten S. 16 und S. 73.

[5]) Vgl. hierzu: Koeppen § 71 S. 451; Windscheid § 608 Anm. 16; Mühlenbruch Bd. 42 S. 236; Koch § 61 S. 626 f.; ferner auch die später für das geltende Recht über die Ausgleichungspflichten zu machenden Ausführungen, unten S. 22.

zunächst im ersten Teil [1]) bei dem gemeinschaftlichen Eigentum der Miterben als eine Verfügung, die jeder Erblasser zugunsten jedes Erben treffen konnte, weiterhin im zweiten Teil [2]) bei der Erbfolge der Deszendenten als Anordnungen des Erblassers für seine Kinder.

Auch im preußischen Recht stand ebenso wie im gemeinen Recht die Teilungsanordnung der Eltern zugunsten ihrer Kinder wesentlich im Vordergrund und wurde in der Literatur fast ausschließlich besprochen. Trotzdem ist auch hier daran festzuhalten, daß diese nur eine Unterart der allgemeinen Teilungsanordnung des Erblassers war [3]).

2. Kapitel.

§ 9.

Vorkommen und Form der allgemeinen Teilungsanordnung.

Die Zulässigkeit einer allgemeinen Teilungsanordnung des Erblassers ist dem § 123 I 17 ALR. zu entnehmen. Es wird zwar dort nur gesagt, daß die Teilung des Nachlasses „nach der Vorschrift des Erblassers" zu erfolgen habe, wenn dies aber geschehen sollte, ist die Voraussetzung hierfür, daß Teilungsanordnungen des Erblassers zulässig waren.

Da das Gesetz keine Angaben über die Art der Errichtung einer Teilungsanordnung enthält, muß angenommen werden, daß der Erblasser sie in allen für die gültige Niederlegung einer Verfügung von Todes wegen zulässigen Formen aufstellen konnte, also in einem Testament, Erbvertrag oder Kodizill [1]). Die Literatur versagt in diesem Punkte völlig; es finden sich nur kurze Erwähnungen des Paragraphen ohne näheres Eingehen auf ihn [2]).

---

[1]) § 123 I 17 ALR.

[2]) §§ 380a ff. II 2 ALR.

[3]) Vgl. auch Schultzenstein § 22 S. 125; ferner oben S. 5 f.

[1]) Eine Bestätigung dieser Ansicht läßt sich für das Testament aus § 381 II 2 ALR. als argumentum e contrario herleiten. Kann eine Teilungsanordnung aber in einem Testament stehen, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht auch in einem Erbvertrag oder Kodizill enthalten sein dürfte. Vgl. hierzu auch oben S. 7 f.

[2]) Vgl. Förster-Eccius Anm. 20 zu § 273 und § 273 S. 578 f.; Dernburg, Pr.PrR. Anm. 29 zu § 245 und Text hierzu S. 726.

§ 10.

Vorkommen und Form der Teilungsanordnung der Eltern für ihre Kinder.

Anders als bei der allgemeinen Teilungsanordnung des Erblassers verhält es sich bei der Teilungsanordnung der Eltern für ihre Kinder. Geregelt ist diese in den §§ 380a ff. II 2 ALR. Wie im gemeinen Recht galten auch hier für die Anordnungen der Eltern besondere Formvorschriften, die eine Vereinfachung gegenüber den im allgemeinen Fall zu beobachtenden enthielten:

Das Gesetz nennt drei Möglichkeiten für die Errichtung einer Teilungsanordnung der Eltern zugunsten ihrer Kinder:

1. Die Form eines schriftlichen Aufsatzes, der vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben ist (§ 380a II 2 ALR.); diese entspricht der privilegierten Form der divisio bonorum parentum inter liberos des gemeinen Rechts, wenn man davon absieht, daß dort auch die Unterschrift der Deszendenten genügte [1]).
2. Eine vor einem Notar und zwei Zeugen abgegebene Erklärung des Erblassers (§ 380a II 2 ALR.). Diese Form war neu für die Errichtung einer Teilungsanordnung, dürfte ihrer Entstehung nach aber auf die in der Notariatsordnung Maximilians I. für die Errichtung eines testamentum parentum inter liberos gegebene Form zurückgehen [2]).
3. Ein nicht eigenhändig geschriebener Aufsatz, den der Erblasser auf jedem Blatte und am Schluß unterzeichnet, und den er vor einem Notar und zwei Zeugen als seine Verordnung anerkannt hat [3]).

Für das preußische Allgemeine Landrecht ist ebenso wie für das gemeine Recht die Frage aufgeworfen worden, ob die in einer der drei genannten, nur bei Verordnungen der Eltern für ihre Kinder zulässigen Formen errichteten Teilungsanordnungen lediglich dann wirksam waren, wenn Intestaterbfolge eintrat, oder ob sie

---

[1]) Vgl. oben S. 9.

[2]) Ordnung zur Unterrichtung der offenen Notarien von 1512, § 2 des Titels von den Testamenten.

[3]) Vgl. auch Koch § 61 S. 623 ff.

auch dann Bestand hatten, wenn sich die Erbberechtigung der Kinder aus einem Testament, Erbvertrag oder Kodizill ergab. M. E. ist auch hier zu entscheiden, daß kein Grund vorlag, die Intestaterbfolge als Voraussetzung für eine Teilungsanordnung in privilegierter Form anzusehen [4]).

Als Bestätigung für die Richtigkeit dieser Ansicht möchte ich noch § 387 II 2 ALR. heranziehen. Dieser besagt, daß bei Bestimmungen der Eltern über die Kollation, die in einer Teilungsanordnung getroffen werden durften und als Verteilungsregeln anzusehen sind [5]), auf eine „anderswo geschehene Anzeichnung" Bezug genommen werden durfte. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber mit dem Vorhandensein anderer Verfügungen von Todes wegen neben der privilegierten Teilungsanordnung rechnete, also das Bestehen einer solchen nicht von der gesetzlichen Erbfolge abhängig machte.

§ 381 II 2 ALR. spricht noch besonders die sich bereits aus allgemeinen Erwägungen ergebende Begrenzung aus: Beteiligt an einer solchen durch erleichterte Formvorschriften bevorzugten Verfügung durften nur Aszendenten und Deszendenten sein; waren dennoch andere Personen erwähnt, so galt das auf sie Bezügliche als nicht geschrieben.

Weiterhin bestand für das preußische Allgemeine Landrecht kein Zweifel mehr darüber, daß die Eltern eine Teilungsanordnung für ihre Kinder auch innerhalb eines Testaments, Erbvertrags oder Kodizills errichten konnten ebenso wie jeder Erblasser, der für nicht zur Intestaterbfolge Berechtigte Anordnungen für die Erbauseinandersetzung aufstellte [6]).

3. Kapitel.

§ 11.

Der Inhalt einer Teilungsanordnung.

Die Frage nach dem möglichen Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers ist für das preußische Privatrecht aus den bereits

---

[4]) So auch Koch § 61 S. 622 f.; Förster-Eccius § 249 II, 6 S. 362 f.; Dernburg, Pr.PrR. § 117 II S. 354 f.; vgl. auch oben S. 6 f.

[5]) Vgl. hierüber auch oben S. 11 und unten S. 22.

[6]) Vgl. z. B. § 383 II 2 ALR.; ferner oben S. 8.

oben genannten Gesetzesbestimmungen zu beantworten. § 123 I 17 ALR. läßt in bezug auf die allgemeine Teilungsanordnung des Erblassers Anordnungen über die „Art der Theilung“ zu; § 380a II 2 ALR. dagegen spricht von Verordnungen, die die „Grundsätze oder die Art der Theilung“ betreffen und die von den Eltern zugunsten ihrer Kinder errichtet werden konnten; die §§ 383—389 II 2 ALR. nennen noch besonders einzelne Punkte, die in einer elterlichen Teilungsanordnung geregelt werden durften.

Unter Anordnungen über die Art der Teilung können nur solche Bestimmungen des Erblassers verstanden werden, die sich auf die Verteilung des Nachlasses — sowohl der Nachlaßgegenstände wie auch der Schulden [1]) — beziehen.

Es waren fernerhin nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht Vorschriften zulässig, die den Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung bestimmten (§§ 118 ff. I 17 ALR.): unwirksam war zwar ein vollständiges Verbot der Teilung (§ 118 I 17 ALR.), der Erblasser durfte aber verfügen, daß die Aufteilung des Vermögens unter die Erben erst in einem bestimmten Zeitpunkt vorzunehmen war (§ 121 I 17 ALR.), ebenso daß einzelne Gegenstände ungeteilt zu bleiben hatten (§ 119 I 17 ALR.). Es muß hier unterstellt werden, daß auch solche Vorschriften als Teilungsanordnungen anzusehen sind [2]); eine Begründung dafür soll erst im Zusammenhang mit dem geltenden Recht gegeben werden [3]).

Abgesehen von den letztgenannten Vorschriften über den Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung mußte sich also die allgemeine Teilungsanordnung des preußischen Rechts dem Inhalt nach auf die gleichen Bestimmungen beschränken, die in der divisio bonorum des gemeinen Rechts enthalten sein konnten [4]).

Für die Teilungsanordnungen der Eltern für ihre Kinder ist zu sagen: sie durften alle Bestimmungen enthalten, die in einer gewöhnlichen Teilungsanordnung aufgestellt werden konnten; hierüber hinausgehend war aber auch die Angabe von Grund-

---

[1]) Vgl. auch Koch § 61 S. 625 f.

[2]) Dieser Ansicht scheint auch Koch zu sein, denn er zitiert in Anm. 1 zu § 159 S. 1215 die §§ 118—123 I 17 ALR. gemeinsam als „Theilungsvorschriften“ des Erblassers.

[3]) Vgl. unten S. 25 f.

[4]) Vgl. oben S. 10 f.

sätzen zulässig (§ 380a II 2 ALR.), d. h. von Durchführungsbestimmungen, die nicht die Zuteilungen an die Erben regelten, sondern wie und auf welche Weise diese Zuweisungen vorgenommen werden sollten [5]). Es mag dahingestellt bleiben, ob Vorschriften über den Auseinandersetzungszeitpunkt noch zu denjenigen über die Art der Teilung zu zählen sind oder ob sie bereits unter den Begriff der Grundsätze fallen.

Weiterhin ist im Gesetz noch ausdrücklich erwähnt, daß die vorgenommene Verteilung des Nachlasses auch ungleich sein durfte (§ 383 II 2 ALR.), jedoch unter Vorbehalt des Pflichtteils (§ 391 II 2 ALR.), und daß die Regelung der Ausgleichungspflichten der einzelnen Kinder innerhalb einer elterlichen Teilungsanordnung stattfinden konnte (§§ 384—388 II 2 ALR.) [6]).

Das preußische Privatrecht geht also bereits einen Schritt weiter als das gemeine Recht, beschränkt sich jedoch darauf, einen Teil dieser Erweiterungen nur den Aszendenten zugute kommen zu lassen.

III. Abschnitt.

Die Teilungsanordnung des geltenden deutschen Rechts.

1. Kapitel.

§ 12.

Das Vorkommen einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Die Entwicklung des Instituts der divisio bonorum des Erblassers aus dem römischen Recht über das gemeine und preußische Recht hat dahin geführt, daß das heute geltende Recht keinen Unterschied zwischen der Zuweisung von Nachlaßgegenständen durch die Eltern für ihre Kinder und einer solchen eines Erblassers

---

[5]) Vgl. Förster-Eccius § 249 S. 363 f.; Gruchot Bd. III S. 84 f. unter 37 b; Dernburg, Pr.PrR. § 163, 3 S. 481; ferner Koch § 28, 5 a S. 289; die dort erwähnte Vorschrift über die Durchführung der Teilung könnte auch in einer elterlichen Teilungsanordnung stehen.

[6]) Vgl. auch Koch § 61 S. 626 f.; Schultzenstein § 22 S. 122 f.

zugunsten anderer Erben kennt; ebenso daß die im preußischen Recht nur den Eltern zustehende Befugnis, auch Grundsätze für die Teilung zu bestimmen, nunmehr jedem Erblasser zugebilligt wird.

Die gesetzliche Grundlage des heutigen Rechts bildet der § 2048 Satz 1 BGB.: „Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen." Diese Worte des Gesetzes besagen lediglich etwas über die Zulässigkeit solcher Bestimmungen schlechthin, wie es auch die Motive [1]) ausdrücken: „Da indes eine solche Anordnung an sich nicht in den Bereich der Vermächtnisse und Auflagen fällt, ist es ratsam, besonders auszusprechen, daß Anordnungen dieser Art zulässig sind." Das Gesetz enthält nun weder eine Begriffsdefinition, noch gibt es Aufschluß über den möglichen Inhalt, über die rechtlichen Wirkungen oder über die rechtliche Natur dieser Anordnungen des Erblassers. Für die Festlegung des Begriffs, seine Eingrenzung, seine Trennung und Gegenüberstellung zu anderen Rechtsinstituten sind wir demnach völlig auf die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung, die entsprechenden Bestimmungen früherer Rechtsordnungen, deren Gedanken der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches verwandte, und auf die Ergebnisse der Forschung angewiesen.

Die für das gemeine und preußische Recht wichtige Frage, ob Teilungsanordnungen der Eltern für ihre Kinder nur bei Eintreten der Intestaterbfolge oder auch neben einer über die Erbfolge bestimmenden Verfügung von Todes wegen zulässig waren [2]), spielt für das geltende Recht keine Rolle, weil dieses einerseits keine privilegierte Form für die elterliche Teilung kennt, andererseits § 2048 Satz 1 BGB. die Zulässigkeit von Teilungsanordnungen so allgemein ausspricht, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß Teilungsvorschriften unabhängig davon, ob die Berufung zur Erbschaft auf das Gesetz oder eine Verfügung von Todes wegen zurückgeht, aufgestellt werden dürfen.

---

[1]) Mot. V S. 688.
[2]) Vgl. oben S. 6 f. und S. 13 f.

2. Kapitel.

§ 13.

Die Form einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Für die Form, in der Teilungsanordnungen des Erblassers niedergelegt sein müssen, um Anspruch auf rechtlichen Bestand erheben zu können, ist aus § 2048 Satz 1 BGB. zu entnehmen, daß sie den Erfordernissen einer „letztwilligen Verfügung" zu genügen haben. Für den Begriff der letztwilligen Verfügung ist § 1937 BGB. heranzuziehen. Dieser setzt „letztwillige Verfügung" gleich Testament. Die Unterscheidung von Testamenten und Kodizillen, wie wir sie im römischen und gemeinen Recht und noch im preußischen Allgemeinen Landrecht finden, ist nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden. Die Teilungsanordnung des Erblassers hat also hiernach in einem Testament aufgestellt zu werden, und zwar in einer der verschiedenen, dem Bürgerlichen Gesetzbuch bekannten Formen.

Es bleibt nun zu untersuchen, ob eine Teilungsanordnung des Erblassers auch in einem Erbvertrag festgelegt werden kann. Für die Entscheidung dieser Frage ist zweierlei maßgebend:

1. Der Ausdruck „letztwillige Verfügung" ist ein technischer Begriff des Gesetzgebers, der nur die einseitigen, widerruflichen (daher letztwilligen) Verfügungen von Todes wegen umfaßt (§ 1937 BGB.) [1]) im Gegensatz zum Erbvertrag, der unwiderruflich (also nicht letztwillig) ist.
2. Ein Erbvertrag darf nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse (oder Vorausvermächtnisse) und Auflagen enthalten (§ 2278 Abs. II BGB.).

Betrachtet man nun die erste Voraussetzung gemeinsam mit § 2048 Satz 1 BGB., so ergibt sich, daß die Teilungsanordnung nur in einem Testament stehen darf, weil in § 2048 Satz 1 BGB. die Worte „letztwillige Verfügung" gebraucht sind. Nimmt man nun aber die zweite Voraussetzung hinzu, die den möglichen Inhalt eines Erbvertrages angibt, so muß man sagen: fällt die Teilungsanordnung unter einen der in § 2278 Abs. II BGB. genannten

[1]) Vgl. Kipp in Enneccerus Bd. V § 9 III.

Rechtsbegriffe, so kann sie auch mit vertraglicher Wirkung getroffen werden. Die Entscheidung der Frage, ob eine Teilungsanordnung ihrer rechtlichen Natur nach sich als Erbeinsetzung, Vermächtnis (bzw. Vorausvermächtnis) oder Auflage darstellt, muß hier vorweggenommen werden: Eine Teilungsanordnung ist keinem dieser Rechtsinstitute zuzurechnen [2]). Da das Gesetz nun in § 2278 Abs. II BGB. die Bestimmungen des Erblassers, die mit vertraglicher Wirkung getroffen werden dürfen, vollständig aufzählt, kann eine Teilungsanordnung nicht in einem Erbvertrage errichtet werden.

Es bleibt noch hinzuzufügen, daß praktisch eine Teilungsanordnung wohl mit einem Erbvertrage verbunden sein kann. Dies ergibt sich aus § 2299 Abs. I u. II BGB. Sie wird dann ebenso behandelt, als sei sie in einem Testament enthalten, und wir haben es mit einer einseitigen letztwilligen Verfügung zu tun, die direkt — nicht nur analog — den Vorschriften über das Testament untersteht [3]), ein Ergebnis, das auch den Forderungen des § 2048 Satz 1 BGB. gerecht wird.

Die Untersuchungen über die Form der Teilungsanordnung des geltenden deutschen Rechts können also dahin zusammengefaßt werden: der Erblasser darf eine Teilungsanordnung in einem Testament oder innerhalb eines Erbvertrages als einseitige Verfügung errichten [4]).

Weiterhin ist Voraussetzung für die Gültigkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers, daß die Verfügung von Todes wegen, in der sie niedergelegt ist, wirksam, also rechtsverbindlich ist. Ist dies nicht der Fall, d. h. die Verfügung ist nichtig, so können die vom Erblasser getroffenen Bestimmungen durch Übereinkunft der Erben in Kraft gesetzt werden. Dies kann durch Anerkenntnisvertrag (§ 781 BGB.) geschehen [5]). Es müssen die durch Erklärung der Erben für verbindlich erklärten Bestimmungen der unwirksamen Teilungsanordnung jedoch dann so behandelt werden, als

---

[2]) Über die Begründung vgl. unten S. 84 ff.

[3]) Vgl. Staudinger-Herzfelder Bem. 2 zu § 2299 BGB.

[4]) Vgl. auch Berolzheimer, Zuteilung S. 412; Kretzschmar, Sächs. Arch. 1908 S. 134.

[5]) Vgl. Leonhard Bem. I zu § 2048 BGB.; Kipp in Enneccerus Bd. V Anm. 9 zu § 85. — RG. in Recht 1911 Nr. 3201.

wenn sie durch Vereinbarung der Erben untereinander vertraglich ausgemacht worden wären, und nicht als Bestimmungen des Erblassers.

3. Kapitel.

§ 14.

Allgemeines über den möglichen Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Es ist jetzt erforderlich, den Begriff der Teilungsanordnung des Erblassers näher zu umschreiben. Der Wortlaut des Gesetzes läßt durch seine sehr allgemeine, keinerlei Einzelheiten oder Hinweise auf bestimmte Fälle enthaltende Fassung darauf schließen, daß der Gesetzgeber dem Erblasser in weitestem Maße Freiheit geben wollte, seine Anordnungen zu treffen.

Das einzige konkrete Beispiel einer erblasserischen Teilungsanordnung gibt § 2049 BGB. Diese Gesetzesbestimmung will jedoch ihrer ganzen Art nach nur einen Fall von besonderer Bedeutung herausgreifen, nicht dagegen angeben, welche Art von Vorschriften in einer Teilungsanordnung getroffen werden können. Auch die Motive und Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch ergeben keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Freiheit des Erblassers, Anordnungen gemäß § 2048 Satz 1 BGB. zu treffen, nach irgendeiner Richtung hin beschränkt werden sollte.

Man darf also wohl sagen: Zulässig sind a l l e Bestimmungen des Erblassers, in denen er Richtlinien für die nach seinem Tode stattfindende Erbauseinandersetzung gibt. Als Grenzen kommen nur allgemeine Gesetzesbestimmungen in Betracht, gegen die eine letztwillige Teilungsanordnung ebensowenig wie irgendeine andere Rechtshandlung verstoßen darf; so z. B. § 138 BGB. oder andere zwingende Vorschriften des Gesetzes. Kollidiert die Teilungsanordnung mit einer derartigen Bestimmung, so kann ihr in diesen, dem Gesetz zuwiderlaufenden Punkten keine Wirksamkeit zukommen.

§ 15.

Die Verteilung von Nachlaßgegenständen und -verbindlichkeiten und die Regelung von Ausgleichungspflichten in einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Der Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers wird in den meisten Fällen die V e r teilung der einzelnen Gegenstände des Nachlasses und der auf diesem lastenden Verbindlichkeiten unter die Erben betreffen. Dies kann auf verschiedene Weise geschehen. Der Erblasser kann dem Erben einen bestimmten Gegenstand auf seinen Erbteil derart zuweisen, daß der Erbe diesen in Anrechnung auf seinen Erbteil übernehmen m u ß ; dieser ist dann nicht berechtigt, etwas anderes in Höhe des Wertes des fraglichen Nachlaßstückes zu fordern. — Es kann aber auch verfügt sein, daß der Erbe b e r e c h t i g t sein soll, einzelne Nachlaßgegenstände in Anrechnung auf seinen Erbteil zu übernehmen [1]). In letzterem Falle muß der Erbe sich bei der Teilung erklären, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will oder darauf verzichtet [2]).

Aus der Zwangszuweisung des ersten Falles kann dem Erben sowohl ein Vorteil als auch ein Nachteil erwachsen, einerseits wegen der Höhe des Übernahmewertes, andererseits deshalb, weil der Erbe gerade ein besonderes Interesse an dem ihm zugeteilten Gegenstand hat oder an dessen Stelle lieber einen anderen bei der Erbauseinandersetzung erhalten würde. Dagegen handelt es sich im zweiten Falle stets darum, einem Erben eine besondere Begünstigung zuteil werden zu lassen, indem ihm das Vorrecht eingeräumt wird, zu entscheiden, ob er den Gegenstand erwerben will oder nicht, also eine dem inneren Gehalt nach an die Einräumung eines Vorkaufsrechts erinnernde Erscheinung.

Einen Einzelfall der Berechtigung zur Übernahme behandelt § 2049 BGB. Die Zuteilung eines Gutes ist auf dem Lande von besonderer Bedeutung. Aus diesem Grunde gibt das Gesetz hier eine Auslegungsregel, wie der Wert des Gutes im Zweifel anzurechnen ist. Für die juristische Betrachtung der Teilungsanordnung des

---

[1]) Vgl. auch RG. in JW. 1924 S. 1970 ff.

[2]) Vgl. Kipp in Enneccerus Bd. V § 85 IV, 1; Planck-Ebbecke Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Jung S. 1165.

Erblassers birgt diese Bestimmung keinerlei Interesse; es ist daher nicht notwendig, näher auf sie einzugehen.

Der Erblasser kann weiterhin einen Erben verpflichten, eine bestimmte Verbindlichkeit zu übernehmen [3]). — Es wird wohl kaum vorkommen, daß ein Erbe zur Übernahme einer Schuld nur berechtigt sein soll, immerhin ist auch dies denkbar, z. B. wenn der Erblasser ihm hierdurch die Möglichkeit zur Aufrechnung geben wollte. Bezüglich der Beurteilung vom Standpunkte des Erben aus gesehen gilt für beide Fälle das gleiche, was soeben für die Verteilung von Nachlaßgegenständen gesagt wurde.

Zur selben Kategorie von Bestimmungen in einer Teilungsanordnung sind auch die Vorschriften über die Ausgleichungspflicht (§ 2050 BGB.) zu zählen. — Die Ausgleichungspflicht kann nicht nur bei der Zuwendung bestimmt oder erlassen werden, sondern auch nachträglich durch Verfügung von Todes wegen [4]). Nach § 2055 BGB. wird dem Erben der von ihm als Ausgleichung geschuldete Wert auf seinen Erbanteil angerechnet. Bestimmt der Erblasser nun die Ausgleichungspflicht dort, wo sie ex lege nicht bestehen würde, so ist hierin zugleich die Zuweisung einer dem Nachlaß angehörenden Forderung zu erblicken. Wird hingegen eine bestehende Ausgleichungspflicht erlassen, so ist dies als Zuweisung einer Forderung an den betreffenden Erben zu bewerten; denn die dem Nachlaß angehörende Forderung, die nach § 2055 BGB. auf seinen Erbteil anzurechnen wäre, wird nunmehr dem Erben erlassen, d. h. an Stelle dieser Forderung tritt der Anspruch des Erben, seine Erbportion ohne Abzug der Ausgleichungssumme, also ohne Übernahme der Ausgleichungsforderung, aus der Erbmasse zu verlangen [5]).

Die hier besprochenen Zuweisungen können in der Teilungsanordnung des Erblassers so weit durchgeführt sein, daß der gesamte Nachlaß erschöpft ist; oft wird sich jedoch die Teilungsanordnung nur auf einzelne, besonders wichtige Gegenstände beziehen; für den verbleibenden Rest kommen dann die allgemeinen

---

[3]) Vgl. RGRKomm. Bem. 3 zu § 2046 BGB.; Kipp in Enneccerus Bd. V § 85 IV, 3; Kreß S. 205; Binder S. 268. — RG. 95/328.

[4]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 2 Abs. 2 zu § 2050 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 7 Abs. 2 zu § 2050 BGB. — RG. 90/421 ff.

[5]) Vgl. auch oben S. 11 und S. 16.

Grundsätze für die Erbauseinandersetzung zur Anwendung [6]). Auf die rechtliche Beurteilung der Teilungsanordnung hat das Maß ihrer Ausdehnung keinerlei Einfluß.

Die bisher für das geltende Recht besprochenen Bestimmungen einer Teilungsanordnung des Erblassers finden sich in demselben Umfang in einer divisio bonorum des gemeinen Rechts; hiermit sind aber dort die Inhaltsmöglichkeiten erschöpft [7]), während die Teilungsanordnung des preußischen Privatrechts stets diese, ferner aber Vorschriften über den Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung und, sofern es sich um eine elterliche Teilungsanordnung, also einen Fall des § 380a II 2 ALR. handelt, auch noch andere Bestimmungen enthalten konnte [8]).

§ 16.

Vorschriften des Erblassers über die Tilgung der auf der Erbschaft ruhenden Verbindlichkeiten.

Der Erblasser kann weiterhin vorschreiben, daß die Nachlaßschulden in bestimmter Weise zu tilgen sind, z. B. mit dem durch Verkauf bezeichneter Gegenstände gemachten Erlös [1]). — Ebenso darf er anordnen, daß einzelne Nachlaßstücke nicht in natura unter seine Erben zu verteilen sind, sondern zu verkaufen — auch die Art der Veräußerung kann vorgeschrieben werden [2]) —, und daß der Erlös zu teilen ist [3]). Überhaupt kann, wie bereits gesagt [4]), jede Abänderung einer nicht zwingenden, sich auf die Rechtsverhältnisse der Erben untereinander beziehenden Rechtsvorschrift den Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers bilden, so deren Einschränkung, Verbindlicherklärung oder Erweiterung; Kreß [5]) spricht dies z. B. für den Fall der Früchteteilung des § 2038 Abs. II Satz 2 BGB. aus.

---

[6]) Vgl. auch oben S. 11.

[7]) Vgl. oben S. 10 f. und die dort angegebene Literatur. Zur Frage der Ausdehnung noch Brinz § 407 S. 283.

[8]) Vgl. oben S. 14 ff.; Gruchot Bd. III S. 86 unter 37 c; ferner auch § 2116 Sächs. BGB.

[1]) Vgl. Kreß S. 205.

[2]) Vgl. z. B. RG. 52/174 ff.

[3]) Vgl. Binder S. 268.

[4]) Vgl. oben S. 20.

[5]) S. 41.

§ 17.

Das Teilungsverbot gemäß § 2044 BGB. als negative Teilungsanordnung.

Während die bisher besprochenen Bestimmungen einer Teilungsanordnung des Erblassers positiver Natur waren, in dem Sinne, daß sie für die eigentliche Erbauseinandersetzung bestimmte Regeln vorschrieben, ergibt sich nun die Frage, ob auch eine Teilungsanordnung mit negativer Richtung möglich ist. Hierfür kommt § 2044 BGB. in Betracht.

§ 2044 Abs. I Satz 1 BGB. räumt dem Erblasser die Befugnis ein, die Auseinandersetzung auszuschließen oder von einer Kündigungsfrist abhängig zu machen. Über die rechtliche Natur einer solchen Verfügung herrscht in der Literatur Streit, ob sie als Auflage, vermächtnisähnliche Verfügung oder als Teilungsanordnung anzusehen sei.

Es muß hier unterstellt werden, daß die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung selbst weder die eines Vermächtnisses noch die einer Auflage ist [1]).

Zur Klärung der Frage sei zunächst das authentische Material des Gesetzgebers herangezogen. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch sagen: „Das Theilungsverbot des Erblassers bildet eine besondere Art der Verfügungen von Todes wegen, welche nicht schon unter den Begriff des Vermächtnisses oder der Auflage fällt.“ [2]) Diese Stelle gibt zwar keinen positiven Anhaltspunkt, welchem Rechtsinstitut das Teilungsverbot gleich- oder unterzuordnen sei, erklärt sich aber durch die negative Feststellung, daß eine Anordnung gemäß § 2044 BGB. weder ein Vermächtnis noch eine Auflage sei, zuungunsten derer, die die Auflagenatur einer solchen Bestimmung annehmen oder sie dem Vermächtnis anpassen wollen [3]).

---

[1]) Auf die Begründung kann erst später eingegangen werden; vgl. unten S. 84 ff.

[2]) Mot. V S. 688.

[3]) Vgl. Crome Anm. 5 § 711; Dernburg, BGB. § 178 VII S. 507; Kipp in Enneccerus Bd. V § 84 IV, 3 a u. b; RGRKomm. Bem. 1 zu § 2044 BGB.; ferner auch Planck-Ritgen, Komm. z. BGB. 3. Aufl. 1908 Bem. 3 zu § 2044 BGB.

Kipp unterscheidet zwei Fälle [4]): Das Teilungsverbot habe vermächtnisähnlichen Charakter, ohne mit einem solchen gänzlich übereinzustimmen, wenn der Ausschluß der Teilung für den einen oder anderen Erben einen Vermögensvorteil bedeutet (§ 1939 BGB.); die Natur einer alle Erben belastenden Auflage (§ 1940 BGB.), wenn trotz dem entgegenstehenden Wunsche aller Beteiligten die Erbauseinandersetzung nicht stattfinden darf [5]), es sei denn, daß einer der Fälle der §§ 749 Abs. II u. III, 750, 751 oder 1010 Abs. I BGB. vorliegt. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte schließt sich dieser Zweiteilung an, geht aber insofern weiter, als er sich nicht damit begnügt, nur die Ähnlichkeit mit den beiden genannten Instituten festzustellen, sondern behauptet, daß die Anordnungen gemäß § 2044 Abs. I Satz 1 BGB. entweder ein Vermächtnis oder eine Auflage darstellen [6]).

Die von diesen Schriftstellern aufgestellten Behauptungen sind insoweit als richtig anzuerkennen, als das Teilungsverbot sicherlich gewisse Eigenschaften mit einem Vermächtnis oder einer Auflage gemeinsam haben k a n n, so in den beiden von Kipp genannten Fällen. Mängel machen sich jedoch, wie Kipp selbst erkennt, im ersten Fall bereits dann bemerkbar, wenn der aus der Nichtauseinandersetzung erwachsende Vermögensvorteil nicht nur einzelnen Erben, sondern allen Miterben zugute kommen soll. Es kann weiterhin nicht befriedigen, nur gewisse Ähnlichkeiten mit bekannten Rechtsinstituten festzustellen, ohne die Bestimmung als ganze in a l l e n ihren Erscheinungsformen unter einen einheitlichen Begriff fassen zu können.

Diese Unstimmigkeiten entfallen bei den Vertretern der Ansicht, daß das Teilungsverbot eine — negative — Teilungsanordnung darstellt, die sich in den Rahmen des § 2048 Satz 1 BGB. einfügen läßt [7]). Eine Begründung dieser Meinung wird allerdings nicht gegeben. Sie ist wohl darin zu suchen, daß § 2048 Satz 1 BGB.

---

[4]) Kipp in Enneccerus Bd. V § 84 IV, 3 a u. b.

[5]) Wann ein solcher Fall vorliegt, braucht hier nicht festgestellt zu werden. Vgl. darüber unten S. 61 ff., S. 66 f. und S. 68.

[6]) Vgl. RGRKomm. Bem. 1 zu § 2044 BGB.

[7]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 3 zu § 2044 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 4 zu § 2044 BGB.; Kretzschmar § 87 II, 4 S. 457 und Sächs. Arch. 1908 S. 134; Kreß Anm. 16 zu S. 231; Kohler, ArchZivPrax. Bd. 91 S. 334; Stedler S. 52.

allgemein von „Anordnungen für die Auseinandersetzung“ spricht, nicht dagegen nur von Anordnungen für die eigentliche Durchführung der Erbschaftsteilung. Daß auch das Teilungsverbot eine derartige Anordnung ist, wird niemand bezweifeln. Warum sollte also die Einreihung einer solchen Bestimmung unter den Begriff der Teilungsanordnung des Erblassers nicht zulässig sein, zumal kein wichtiger Grund hiergegen spricht! — Man könnte einwenden, daß § 2044 BGB., wenn eine auf ihm fußende Bestimmung als Teilungsanordnung zu gelten hat, seine Stellung im Gesetz wohl hinter dem § 2048 BGB. gefunden haben müßte, wie z. B. § 2049 BGB. Diese Erwägung über eine Äußerlichkeit kann aber nicht genügen, um eine Einreihung der Anordnung gemäß § 2044 BGB. unter den allgemeinen Begriff der Teilungsanordnung als unhaltbar zu erachten.

Dem preußischen Allgemeinen Landrecht waren inhaltlich mit § 2044 BGB. übereinstimmende Anordnungen des Erblassers bekannt (§§ 118 ff. I 17 ALR.) [8]). Eine rechtliche Charakterisierung dieser Bestimmungen ist in der Literatur des preußischen Privatrechts nicht erfolgt. Es steht m. E. aber nichts im Wege, aus den gleichen, auch für das geltende Recht angeführten Gründen hier ebenfalls eine Zugehörigkeit zu dem Begriff der Teilungsanordnung anzunehmen, sicherlich soweit es sich um eine elterliche Teilungsanordnung handelt, die auch „Grundsätze“ für die Teilung enthalten durfte, vielleicht aber auch bei der allgemeinen Teilungsanordnung; letzteres dann, wenn man das Teilungsverbot noch unter die Vorschriften über die „Art“ der Teilung rechnen will [9]).

§ 18.

a) Die Zulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser.

Es soll jetzt untersucht werden, ob der Erblasser im Rahmen einer Teilungsanordnung ein Schiedsgericht zur Schlichtung etwa bei der Erbauseinandersetzung entstehender Streitigkeiten einsetzen kann. Als Vorfrage hierzu muß geprüft werden, ob die Einsetzung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser überhaupt zulässig ist.

---

[8]) Vgl. auch Förster-Eccius § 273 S. 577 f.

[9]) Vgl. auch oben S. 15 f.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnt die Einsetzung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser nicht. Daß eine solche Bestimmung jedoch getroffen werden kann, ergibt sich aus § 1048 ZPO., der von durch letztwillige Verfügung angeordneten Schiedsgerichten spricht. Der Gesetzgeber war der Ansicht, daß die Zulässigkeit derartiger Bestimmungen sich aus dem Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergebe, es also nicht notwendig sei, dies besonders auszusprechen; aus diesen Gründen erfolgte die Ablehnung eines dahin gehenden Antrags bei der zweiten Lesung, der solche Anordnungen — wenn dort auch in etwas anderem Zusammenhang — als erlaubt hervorheben wollte [1]). Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch geben ausdrücklich an, daß der Erblasser ein schiedsrichterliches Verfahren anordnen könne [2]). Dieser Ansicht folgt im allgemeinen die Literatur, wenn auch zum Teil mit anderer Begründung [3]).

Die hauptsächlichsten Bedenken, die gegen die Zulässigkeit einer letztwilligen Schiedsgerichtsklausel vorgebracht wurden, finden ihren Grund in § 2065 BGB. Wenn aber dort gesagt ist, daß ein Dritter über die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung nicht entscheiden darf, nicht eine Person nennen kann, die eine Zuwendung erhalten soll, oder den Gegenstand einer Zuwendung festsetzen darf, so steht dies der Einsetzung eines Schiedsgerichts nicht entgegen, denn das Tätigkeitsfeld des Schiedsrichters kann wohl folgendermaßen umgrenzt werden: es ist seine Aufgabe, Rechtsfragen auf Grund gegebener Tatsachen zu entscheiden, nicht neue Rechtsbeziehungen zu begründen [4]). — Die eigentliche Rechtfertigung für die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsklausel ist m. E. aber darin zu suchen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch dem Erblasser weitestgehende Testierfreiheit gewährt ist; ferner nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz einen auf Vollständigkeit Anspruch erhebenden Katalog der zulässigen Verfügungen von Todes

---

[1]) Prot. V S. 15; vgl. auch Prot. V S. 20.

[2]) Mot. V S. 688.

[3]) Vgl. Staudinger-Herzfelder Bem. 3 zu § 1937 BGB.; RGRKomm. Bem. 2 zu § 2065 BGB.; Eck Anm. 1 zu S. 17; Strohal Bd. I Anm. 4 S. 123; Boehm Anm. 3 zu S. 40.

[4]) Vgl. hierzu RGRKomm. Bem. 1 zu § 1937 BGB.; Strohal Bd. I Anm. 4 zu S. 123. — RG. 24/412; 45/350; 100/77 f.; RG. in JW. 1900 S. 671 Entsch. 35.

wegen enthält. Es können vielmehr alle im Rahmen des Gesetzes stehenden und mit dessen Sinn zu vereinbarenden Bestimmungen getroffen werden, also darf auch ein Schiedsgericht eingesetzt werden [5]).

b) Die Einordnung der Schiedsgerichtsklausel unter den Begriff der Teilungsanordnung des Erblassers.

Über die rechtliche Natur einer Schiedsgerichtsklausel — ob sie eine Auflage oder eine Teilungsanordnung ist — bestehen Meinungsverschiedenheiten. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch lassen einwandfrei erkennen, daß der Gesetzgeber die Schiedsgerichtsklausel als möglichen Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers ansah [6]). Diese Ansicht war auch einer der Gründe, aus denen es für überflüssig erachtet wurde, die Zulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser im Bürgerlichen Gesetzbuch noch besonders auszusprechen [7]).

Dernburg [8]) und Crome [9]) treten dafür ein, daß die Einsetzung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser die Belastung mit einer Auflage bedeute, ohne diese Ansicht jedoch zu begründen. Diese Schriftsteller übersehen, daß einzelne Eigenschaften eines Rechtsinstituts noch nicht dessen rechtliche Natur bestimmen. Strohal [10]) führt mit Recht dagegen aus, daß eine Schiedsgerichtsklausel keineswegs alle Wesensmerkmale einer Auflage in sich vereinigt. Den Ausführungen Strohals schließt sich van Cleef an [11]), soweit es sich um die Widerlegung der Ansicht, die Einsetzung eines Schiedsgerichts sei eine Belastung mit einer Auflage, handelt; er leugnet aber weiterhin auch die Zugehörigkeit der Schiedsgerichtsklausel zu dem Begriff der Teilungsanordnung des Erblassers, und zwar mit wenig stichhaltigen Ausführungen. Er stützt seine Ab-

---

[5]) Vgl. auch Gaupp-Stein-Jonas Bem. I zu § 1048 ZPO. — RG. 100/77.

[6]) Mot. V S. 688.

[7]) Vgl. auch Staudinger-Herzfelder Bem. 1 Abs. 4 zu § 2048 BGB.; Wilke-Reatz-Koffka-Neumann Bem. 2 zu § 2048 BGB.; Kreß S. 262. — RGRKomm. Bem. 1 zu § 1937 BGB. läßt die Frage offen.

[8]) BGB. § 86 VI S. 247.

[9]) Anm. 5 zu § 711.

[10]) Bd. I Anm. 4 zu S. 123.

[11]) S. 31.

lehnung darauf, daß die Aufgaben des Schiedsrichters nicht mit denen des „Dritten" aus § 2048 Satz 2 BGB. übereinstimmten. Dies hat aber auch niemand behauptet. Die Unterordnung hat vielmehr unter die Generalklausel des § 2048 Satz 1 BGB. zu erfolgen.

Wenn die soeben genannte Feststellung van Cleefs nicht als Begründung dafür gebilligt werden konnte, daß die Bestimmung des Erblassers über die Einsetzung eines Schiedsgerichts nicht als Teilungsanordnung anzusehen ist, so verdient sie doch Beachtung als Abgrenzung der Aufgaben des Schiedsrichters von denen des „Dritten" aus § 2048 Satz 2 BGB. Der „Dritte" hat die Erbauseinandersetzung nach billigem Ermessen zu regeln, tritt also quasi an die Stelle des Erblassers, indem er Vorschriften über die Auflösung der Miterbengemeinschaft aufstellt. Der Schiedsrichter dagegen hat nach Rechtsgründen Entscheidungen zu fällen, und zwar gerade über die bei der Durchführung der Auseinandersetzung strittig werdenden Punkte. Es ist z. B. durchaus möglich, daß der Erblasser einen „Dritten" gemäß § 2048 Satz 2 BGB. ernennt und außerdem ein Schiedsgericht einsetzt, das Streitfragen über die von dem „Dritten" gegebenen Anweisungen schlichten soll. Eine Schiedsgerichtsklausel und die Bestimmung eines „Dritten" für die Regelung der Auseinandersetzung sind daher streng zu unterscheiden [12]). Der dem Schiedsrichter zugewiesene Aufgabenkreis bildet aber gerade einen sicheren Anhaltspunkt dafür, daß es sich bei der Einsetzung eines Schiedsgerichts durch den Erblasser um eine Bestimmung für die Erbauseinandersetzung, also um eine Teilungsanordnung handelt.

Einen ähnlichen Irrtum wie van Cleef begehen Gaupp-Stein-Jonas [13]), wenn dort gesagt wird: zum Nachweis der Zulässigkeit einer letztwilligen Schiedsgerichtsklausel bedarf es „weder der Heranziehung der §§ 2048, 2156, 2192 ff. BGB., denn die dort bezeichneten Dritten sind keine Schiedsrichter, noch der Unterstellung der Anordnung unter den Begriff der Auflage". An der Richtigkeit dieser Feststellung ist zwar nicht zu zweifeln, aber die Ausführungen der anderen Schriftsteller scheinen mir völlig mißverstanden zu sein. Diese wollen ja nicht die Zulässigkeit der Klausel

---

[12]) Vgl. auch Planck-Flad Vorbem. 2 c zu §§ 1937—1941 BGB.
[13]) Bem. I zu § 1048 ZPO.

durch ihre Einordnung unter die Begriffe der Teilungsanordnung oder der Auflage beweisen, sondern beabsichtigen die rechtliche Katalogisierung einer solchen als zulässig anerkannten Bestimmung.

Da sich die verschiedenen angegebenen Gründe nicht als stichhaltig erwiesen haben, ist in Übereinstimmung mit den Motiven [14]) daran festzuhalten, daß die Einsetzung eines Schiedsgerichtes durch den Erblasser für die bei der Auseinandersetzung entstehenden Streitigkeiten als Teilungsanordnung anzusehen ist.

Die Frage, ob auch ein Miterbe zum Schiedsrichter ernannt werden kann, hat mit der Beurteilung der Teilungsanordnung nichts mehr zu tun. Es ist daher hier nicht näher darauf einzugehen; es mag nur so viel gesagt werden: Bei entsprechender Anwendung der Ausführungen des Reichsgerichts [15]) über den Testamentsvollstrecker wäre die Zulässigkeit zu bejahen. Ein Tätigwerden des Schiedsrichters in eigener Angelegenheit gegen den Willen der anderen Beteiligten ist nicht zu befürchten, weil den Parteien nach § 1032 in Verb. mit § 42 Abs. II ZPO. das Recht zusteht, einen Schiedsrichter abzulehnen.

§ 19.

a) Die rechtliche Beurteilung der Ernennung eines „Dritten" gemäß § 2048 Satz 2 BGB. durch den Erblasser.

Als letztes ist nunmehr auf eine Anordnung des Erblassers gemäß § 2048 Satz 2 BGB. einzugehen und zu prüfen, ob die Ernennung eines „Dritten", nach dessen billigem Ermessen die Erbauseinandersetzung zu erfolgen hat, ebenfalls als Teilungsanordnung anzusehen ist.

Geht man von § 2048 Satz 1 BGB. aus und sagt: Inhalt einer Teilungsanordnung sind die Bestimmungen des Erblassers, die er für die Auseinandersetzung trifft, so muß man bei enger Auslegung zu dem Ergebnis kommen, daß die Ernennung des „Dritten" nicht hierher gehört, denn erst dieser soll ja die Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen. Diese Argumentation dürfte aber

---

[14]) Mot. V S. 688; vgl. auch oben S. 28.
[15]) RG. 100/78 f.

nicht richtig sein, denn in der Auswahl des „Dritten“ liegt, wenn auch nur indirekt, eine Bestimmung für die Erbauseinandersetzung, weil ihre Durchführung gerade durch die Ernennung in bestimmte Bahnen geleitet wird. Außerdem enthält eine Teilungsanordnung solchen Inhalts zugleich die Bestimmung, daß die Teilung nach den von dem „Dritten“ getroffenen Vorschriften durchzuführen ist, also auch eine positive Anordnung für die Erbauseinandersetzung; es ist daher kein Grund gegeben, dieser Bestimmung des Erblassers die Zurechnung zu dem Begriff der Teilungsanordnung zu versagen.

b) Die rechtliche Beurteilung der von dem gemäß § 2048 Satz 2 BGB. ernannten „Dritten“ getroffenen Anordnungen für die Erbauseinandersetzung.

Es bleibt zu untersuchen, ob die von dem „Dritten“ für die Erbauseinandersetzung getroffenen Bestimmungen ihrerseits eine Teilungsanordnung sind, ihnen also die gleiche rechtliche Behandlung wie einer solchen zuteil werden muß.

Der „Dritte“ wird stets eine Person sein, der der Erblasser sein vollstes Vertrauen schenkt, und der Wille des Erblassers wird dahin gehen, daß die Bestimmungen des von ihm Bezeichneten als seine eigenen zu gelten haben. In der Ernennung liegt also bereits eine vermutbare Genehmigung dessen, was der „Dritte“ nach seinem Tode anordnen wird. Diese Tatsache ist geeignet, die Meinung aufkommen zu lassen, daß die Anordnungen des „Dritten“ als Teilungsanordnung anzusehen sind, ebenso die rein äußerliche enge Zusammengehörigkeit beider Gesetzesvorschriften, die einerseits dem Erblasser das Recht geben, Anordnungen für die Erbauseinandersetzung zu treffen, andererseits auch den vom Erblasser Ernannten hierzu berechtigen. Dennoch wäre eine solche Behauptung abwegig. Um dies beweisen zu können, muß auf die Aufgaben und Rechte des „Dritten“ eingegangen werden.

Der „Dritte“ hat eine ähnliche Rechtsstellung wie ein Testamentsvollstrecker, ohne jedoch ein solcher zu sein und alle dessen Befugnisse zu haben. Es fehlen ihm vor allem die Verfügungsmacht und das Verwaltungsrecht über den Nachlaß, die dem Testamentsvollstrecker gemäß den §§ 2205 ff. BGB. zustehen. Die Gleichheit

ihrer Aufgaben besteht darin, daß beide den Willen des Erblassers zu verwirklichen haben; der Unterschied ergibt sich bei der Durchführung: Der „Dritte“ ist auf sein eigenes Ermessen verwiesen, seine Entscheidung ist grundsätzlich frei; der Testamentsvollstrecker ist an die Vorschriften des Erblassers und an gesetzliche Regeln gebunden (§ 2204 BGB.). Man kann so weit gehen, zu sagen: Der „Dritte“ ist Geschäftsherr, der Testamentsvollstrecker ist Ausführungsorgan.

In der Praxis wird die Entscheidung der Frage, ob eine Person „Dritter“ oder Testamentsvollstrecker ist, oft nicht leicht sein, vor allem weil es in der Hand des Erblassers liegt, dem „Dritten“ auch einen Teil des Aufgabenkreises des Testamentsvollstreckers zuzuweisen und umgekehrt [1]). Dies kann so weit gehen, daß der Erblasser eine Person gleichzeitig zum „Dritten“ gemäß § 2048 Satz 2 BGB. und zum Testamentsvollstrecker nach § 2197 BGB. ernennt [2]).

Die Tätigkeit des durch den Erblasser berufenen „Dritten“ hat sich nun auf die Aufstellung von Anordnungen für die Erbauseinandersetzung zu erstrecken (§ 2048 Satz 2 BGB.). Da das Gesetz nichts Gegenteiliges sagt, muß angenommen werden, daß er das Recht hat, alle Anordnungen zu treffen, die in einer Teilungsanordnung des Erblassers enthalten sein können. Die Auseinandersetzungsbestimmungen des „Dritten“ füllen eine durch nicht vollständige Ausnutzung der dem Erblasser aus § 2048 Satz 1 BGB. zustehenden Berechtigung gebliebene Lücke aus. Es ist also inhaltlich kein Unterschied zwischen den Anordnungen des „Dritten“ und denen des Erblassers für die Auseinandersetzung. Dennoch ist es nicht angängig, die von dem „Dritten“ aufgestellten Bestimmungen als Teilungsanordnung im technischen Sinn zu bezeichnen, weil eine solche nur in einer letztwilligen Verfügung (bzw. als einseitige Verfügung in einem Erbvertrag) gegeben werden kann, und das Recht sie aufzustellen ein höchst persönliches Recht des Erblassers ist, also nicht einer anderen Person übertragen werden kann.

---

[1]) Vgl. auch Boehm S. 282.

[2]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 1 letzter Satz zu § 2048 BGB.; Kipp in Enneccerus Bd. V § 85 IV, 2 S. 301; Hachenburg S. 716. — RG. in DJZ. 1925 Sp. 1265 f.

Die gleiche rechtliche Beurteilung muß der Fall erfahren, wenn der Erblasser die Vornahme einer Auseinandersetzungshandlung von der Zustimmung der Erbenmehrheit abhängig macht. Die Erben sind in Hinblick auf die Entscheidung über diesen Punkt als für die Auseinandersetzung Anordnungen treffende „Dritte" anzusehen [3]).

Auf die weiteren Fragen über die Stellung und die Befugnisse des „Dritten", sowie auf die rechtlichen Wirkungen seiner Anordnungen [4]), die mögliche Abänderbarkeit derselben bei Unbilligkeit und ähnliche Fragen ist hier nicht mehr einzugehen, weil diese Untersuchungen nichts mehr mit dem Thema dieser Arbeit zu tun haben. Von Interesse waren nur die eben gemachten Ausführungen, weil sie gezeigt haben, daß die gleichen Bestimmungen, die in einer Teilungsanordnung des Erblassers enthalten sein können, auch von anderen Personen und außerhalb einer letztwilligen Verfügung getroffen werden dürfen, aber wenn dies geschieht, trotz weitgehender Übereinstimmung nicht als Teilungsanordnung zu bezeichnen sind.

Für das gemeine Recht und das preußische Privatrecht spielten die letztbesprochenen Fragen im Zusammenhang mit einer divisio bonorum oder einer Teilungsanordnung keine Rolle, weil beiden Rechtsordnungen das Institut der Teilungsanordnung in dem Umfang, wie wir es im geltenden Recht finden, unbekannt war. Eine Erörterung darüber, ob das gemeine und das preußische Recht die letztwillige Schiedsgerichtsklausel [5]) und die Ernennung eines „Dritten" im Sinne von § 2048 Satz 2 BGB. zuließen, und wie sie sich zu diesen Fragen stellten, erübrigt sich demnach.

4. Kapitel.

§ 20.

a) Das Verhältnis einer Teilungsanordnung des Erblassers zu einer Erbeinsetzung.

Die häufigsten und wichtigsten Bestimmungen einer Teilungsanordnung des Erblassers dürften in dem bisher Gesagten im

[3]) Vgl. auch RG. in DJZ. 1925 Sp. 1265 f.
[4]) Vgl. hierüber auch Siber S. 121.
[5]) Vgl. hierüber insbesondere Schloßmann S. 301 ff.

wesentlichen genannt sein. Es bleiben die Punkte zu besprechen, die nicht den Inhalt einer erblasserischen Teilungsanordnung bilden können, d. h. von einer solchen streng zu unterscheiden sind, bei denen aber Zweifel entstehen können, ob sie zu ihr gehören. In diesem Zusammenhang sind in erster Linie die Erbeinsetzung und die Zuwendung eines Vermächtnisses zu erwähnen. Wenden wir uns zunächst der Erbeinsetzung zu.

In der Literatur des gemeinen Rechts ist bereits eine scharfe Trennung zwischen der Erbeinsetzung und der divisio bonorum gemacht worden; vor der Verquickung beider Begriffe wird als möglicher Fehlerquelle gewarnt.

Mühlenbruch [1]) sagt: Bei der divisio bonorum wird das Erbrecht von dem Disponenten vorausgesetzt; die Bestimmung der Erben muß entweder durch Verfügung von Todes wegen geschehen sein, oder in Ermangelung einer solchen ist Intesaterbfolge anzunehmen. Das hier Gesagte gilt entsprechend auch für das preußische Privatrecht [2]).

Zweifel und Irrtümer über die Unterscheidung der Erbeinsetzung einerseits von der divisio bonorum und der Teilungsanordnung andererseits sind in beiden Rechtsordnungen durch die sehr umstrittene Beurteilung des „heres ex re certa" entstanden. Die Frage, ob dieser — als Erbe benannt, jedoch nur auf einen oder mehrere bestimmt bezeichnete Vermögensgegenstände eingesetzt — wirklich Erbe sein solle, die angegebenen Nachlaßstücke also als Beschreibung der Höhe seiner Erbquote anzusehen und gleichzeitig in dieser Bestimmung eine divisio bonorum oder Teilungsanordnung enthalten waren, oder ob er nur als Legatar behandelt werden sollte, wurde sehr verschieden beantwortet [3]). Die Unterschei-

---

[1]) Bd. 42 S. 231 f.; vgl. ferner Mühlenbruch, Lehrbuch § 696 S. 340; Wildvogel These III S. 2; Höpfner Lib. II Tit. XI § 460 Zweyte Anmerkung S. 352 f.; Göschen § 902 S. 297; Pfeiffer S. 103 unter I; Buchholtz S. 235; Koeppen § 71 S. 451.

[2]) Vgl. Förster-Eccius § 249 II, 6 S. 363 und Anm. 105 zu § 249 S. 363; Koch § 61 S. 622 und S. 625 ff.; auch die §§ 379 und 431 II 2 ALR. können als Bestätigung angeführt werden.

[3]) Vgl. Windscheid § 553 S. 58 ff.; Rabel § 129 S. 525; besonders aber Neuner a. a. O. — Dernburg, Pr.PrR. § 131; Förster-Eccius § 251 S. 386.

dung von Erbeinsetzung und Teilunganordnung des Erblassers ist also, wie wir sehen, keine Erfindung des modernen Rechts [4]).

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erfolgt die Erbeinsetzung durch Testament (§ 1937 BGB.) oder durch Erbvertrag (§ 2278 Abs. II BGB.), während die Zulässigkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers sich aus § 2048 Satz 1 BGB. ergibt. Wären beide Bestimmungen gleichbedeutend, hätte es sich von vornherein erübrigt, die Zulässigkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers noch besonders zu erwähnen.

Betrachtet man nun den Inhalt beider Bestimmungen, so zeigt sich: hier Festsetzung, w e r etwas aus dem Nachlaß erhalten soll, dort, w i e der Betreffende seinen Anteil zu empfangen hat. Es ergibt sich also deutlich, daß die Erbeinsetzung nicht eine Anordnung für die Auseinandersetzung ist. Eine „Anordnung für die Auseinandersetzung" ist vielmehr überhaupt nur dann denkbar und möglich, wenn bereits feststeht, daß Beteiligte vorhanden sind, zwischen denen eine solche stattfinden kann, d. h. eine Grundform, zu deren Verwirklichung die Bestimmungen über die Erbteilung dienen werden. Das Vorhandensein von Erben — mögen sie es durch Einsetzung oder gesetzliche Erbfolge sein — ist also Voraussetzung für die Aufstellung einer Teilungsanordnung. Eine Voraussetzung kann aber nicht gleichbedeutend oder gar untergeordnet zu dem in Frage stehenden Rechtsbegriff sein.

b) Richtlinien für die Unterscheidung einer Teilungsanordnung des Erblassers von einer Erbeinsetzung.

Die Trennung einer Teilungsanordnung von einer Erbeinsetzung wird praktisch — dies muß zugegeben werden — oft Schwierigkeiten bereiten, zumal wenn Erbeinsetzung und Zuweisung eines bestimmten Nachlaßstückes in einem verquickt sind. Dieser Fall, der dem des „heres ex re certa" entspricht, ist für das geltende Recht durch § 2087 BGB. geklärt, indem die Schwierig-

---

[4]) Vgl. für die Unterscheidung: Planck-Flad Vorbem. 2 a zu §§ 1937—1941 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 3 zu § 1937 BGB.; Hormann S. 6 unter II, 4; Kohler, ArchZivPrax. Bd. 91 S. 311; Wertheim S. 32.

keiten wenigstens teilweise durch gesetzliche Vermutungen gelöst werden [5]).

Heißt es in einem Testament etwa: A soll mein Landgut in X, B meine Besitzungen in Y erhalten, so fragt es sich, ob hier die Worte des Erblassers wirklich eine Erbeinsetzung und eine Teilungsanordnung enthalten, oder ob sie als Errichtung eines Vermächtnisses zu beurteilen sind. Dies ist zunächst Auslegungsfrage und muß nach dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entschieden werden.

Wenn der Wille des Erblassers nicht eindeutig zu ermitteln ist, ist die Entscheidung auf Grund von § 2087 BGB. zu fällen. Besteht beim Tode des Erblassers der Nachlaß wirklich nur aus den beiden genannten Besitzungen, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß wir es mit einer Erbeinsetzung (Gesamtnachfolge), verbunden mit einer Teilungsanordnung zu tun haben, d. h. die gleichen Worte, die die Zuteilung des Nachlaßgegenstandes bestimmen, geben hierdurch indirekt die Erbeinsetzung an. Sind dagegen beim Erbfall noch weitere Nachlaßstücke vorhanden, so ist nicht ohne weiteres zu entscheiden, ob der Erblasser A und B auf die genannten Gegenstände beschränken wollte und der Rest seines Vermögens seinen gesetzlichen Erben zukommen sollte, oder ob der Testator beabsichtigte, sein ganzes Vermögen A und B zu hinterlassen, und glaubte, dieses bestehe nur aus den aufgeführten Gegenständen.

Sind nun die nicht genannten Nachlaßteile erst nach der Testamentserrichtung vom Erblasser erworben worden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ebenso wie oben zu entscheiden ist: Erbeinsetzung und Teilungsanordnung. Gehörten aber die nicht erwähnten Nachlaßgegenstände schon zur Zeit der Niederschrift der Verfügung dem Vermögen des Erblassers an, so ist auf Folgendes abzustellen: Besteht das Vermögen des Erblassers im wesentlichen aus den genannten Stücken, handelt es sich um eine Erbeinsetzung mit einer Teilungsanordnung (§ 2087 Abs. I BGB.); machen die Gegenstände dagegen nicht den Hauptteil der Hinterlassenschaft aus, muß angenommen werden, daß die Bedachten nur Vermächtnisnehmer sein sollen (§ 2087 Abs. II BGB.).

---

[5]) Auch für das preußische Recht war dies in ähnlicher Weise durch die §§ 99 ff. I 17 ALR. geschehen. — Vgl. auch Dernburg, Pr.PrR. Anm. 1 zu § 137 S. 413.

Ist eine Person auf eine bestimmte Geldsumme eingesetzt, so wird sie als Legatar zu gelten haben, es sei denn, daß sich aus dem Zusammenhang ergibt, daß es sich bei der Angabe des Betrages um eine Beschreibung der Höhe der Erbquote handelt, die zugleich eine Teilungsanordnung enthält [6]).

Handelt es sich um eine Teilungsanordnung und eine Erbeinsetzung, so ist noch im Wege der Auslegung die Höhe der Erbteile zu bestimmen, und zwar ob die Erben zu gleichen Teilen berechtigt sein sollen, oder die Bezeichnung der Gegenstände oder die Höhe der Summe gleichzeitig eine Angabe der Erbquoten entsprechend ihrem Wert enthalten [7]).

Bestimmt der Erblasser: A soll meine Mobilien, B meine Immobilien erhalten, liegt stets eine Erbeinsetzung verbunden mit einer Teilungsanordnung vor, weil durch diese Bestimmung immer alle Nachlaßgegenstände erfaßt werden, unabhängig von dem Zeitpunkt ihres Erwerbes durch den Erblasser [8]).

Für das gemeine Recht hält Mühlenbruch [9]) eine solche Vermischung von Erbeinsetzung und Verteilung des Nachlasses für unstatthaft und meint, daß die divisio bonorum „auf eine Theilung der einzelnen Vermögensobjecte (der Grundstücke, des baaren Geldes usw.) gerichtet seyn müsse", die Erbberechtigung sich aber außerhalb dieser Anordnung zu ergeben habe. Für das geltende Recht möchte ich eine solche formalistische Betrachtungsweise ablehnen. Oberster Grundsatz ist es, die Verfügung so auszulegen, daß der mutmaßliche Wille des Erblassers erfüllt wird; warum sollte man also die Bestimmungen rechtsunkundiger Erblasser durch solche Betrachtungsweise gefährden?

---

[6]) Vgl. auch RG. in SeuffArch. Bd. 77 Nr. 149 S. 235.

[7]) Vgl. zu diesen Fragen: Planck-Flad Bem. 2 zu § 2087 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 2 u. 3 zu § 2087 BGB.; Stedler S. 52 ff.; ferner auch Goldmann S. 1123, der in anderem Zusammenhang auf das gleiche Problem eingeht. — OLG. Colmar in OLG. 9/399.

[8]) Vgl. Kohler, ArchZivPrax. Bd. 91 S. 347; ferner nochmals die oben in Anm. 7 angegebene Literatur.

[9]) Bd. 42 S. 237; ebenso Buchholtz Anm. 26 zu S. 236.

§ 21.

Das Verhältnis einer Teilungsanordnung des Erblassers zu einer Vermächtniszuwendung.

Die Aussetzung eines Vermächtnisses, auch eines Vorausvermächtnisses, und die Errichtung einer Teilungsanordnung sind so verschieden voneinander, daß eine Verwechslung unmöglich erscheint: hier Bedenkung einer beliebigen Person oder, für den Fall des Vorausvermächtnisses, eines Erben mit einem Vermögensvorteil, dort Regelung der Erbauseinandersetzung zwischen den Miterben; jedoch soll hierzu bemerkt werden:

Das Vermächtnis ist auf die Zuwendung eines Vermögensvorteils gerichtet. Um dessen Höhe anzugeben, muß stets eine Festsetzung der Zuwendung erfolgen. Diese Bezeichnung eines Nachlaßstückes oder einer Geldsumme kann aber nie eine „Anordnung für die Auseinandersetzung" sein, weil sie begrifflich zur Errichtung des Vermächtnisses gehört.

Weiterhin ist festzustellen, daß die mit dem Vermächtnis bedachte Person überhaupt nicht an der Erbauseinandersetzung teilnimmt — ein Vorausvermächtnisnehmer nur als Erbe, nicht auch in Ansehung des Vorausvermächtnisses —. Hieraus ergibt sich, daß Anordnungen des Erblassers für die Auseinandersetzung (Teilungsanordnung) keinerlei Beziehungen für den Vermächtnisnehmer zur Erbengemeinschaft begründen, also eine wirkliche Kollision von Teilungsanordnung des Erblassers und Zuwendung eines Vermächtnisses oder Vorausvermächtnisses nicht denkbar ist.

§ 22.

Das Verhältnis einer Teilungsanordnung des Erblassers zu einer Verwaltungsanordnung und zu einer Bestimmung des Erblassers gemäß § 1369 BGB.

Eine Teilungsanordnung des Erblassers ist endlich von einer Verwaltungsanordnung zu unterscheiden [1]). Jene gibt Bestim-

[1]) Wertheim, S. 31, ist anscheinend der gegenteiligen Ansicht, ohne sie jedoch zu begründen; ihr kann aus den sogleich im Text anzuführenden Gründen nicht zugestimmt werden.

mungen des Erblassers für die Auseinandersetzung, diese solche für die Verwaltung des Nachlasses [2]).

Es ist hier vor allem das zeitliche Moment, nach dem die Trennung erfolgen kann: Die Teilungsanordnung des Erblassers gewinnt ihre Bedeutung erst mit dem Augenblick der Erbauseinandersetzung, es sei denn, daß sie eine Bestimmung gemäß § 2044 Abs. I BGB. enthält; ein solches Teilungsverbot, aber auch nur ein solches, wird bereits in dem Zeitpunkt, in dem sonst die Teilung des Nachlasses erfolgen würde, wirksam, um den Termin der Erbauseinandersetzung hinauszuschieben. Die Verwaltungsanordnung ihrerseits erstreckt sich nun gerade auf die Zeitspanne zwischen dem Erbfall und der tatsächlichen Erbauseinandersetzung, ferner auch auf die Zeit, in der die Auseinandersetzung durch eine in der Teilungsanordnung enthaltene Bestimmung gemäß § 2044 Abs. I BGB. ausgeschlossen ist.

Auch in sachlicher Hinsicht besteht eine wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden Anordnungen des Erblassers. Die Bestimmungen einer Teilungsanordnung sind auf die Auseinandersetzung, die Bestimmungen einer Verwaltungsanordnung auf die Erhaltung des Nachlasses — nicht notwendig ist dauernde Identität der einzelnen Nachlaßstücke — und die Pflege desselben in seiner Gesamtheit gerichtet. Daher ist die Ansicht, daß eine Teilungsanordnung auch Bestimmungen über die Verwaltung des Nachlasses treffen könne [3]), abzulehnen.

Die Bestimmung des Erblassers, ein Erbteil soll Vorbehaltsgut der Ehefrau werden (§ 1369 BGB.), ist nicht als Teilungsanordnung anzusehen. Sie kann es nicht sein, weil sie mit der eigentlichen Erbauseinandersetzung nichts zu tun hat, sondern nur etwas über den Verbleib des Erbteils nach erfolgter Teilung bestimmt, insbesondere auch ihre wesentliche Bedeutung weniger auf dem Gebiete des Erbrechts als auf dem des ehelichen Güterrechts liegt [4]).

---

[2]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 2 zu § 2048 BGB.

[3]) So RGRKomm. Bem. 1 zu § 2048 BGB.

[4]) Vgl. hierzu Wolff in Enneccerus Bd. IV § 46, 2 b; Planck Bd. IV Bem. 6 a zu § 1369 BGB.

IV. Abschnitt.

§ 23.

Zusammenfassung der bisher gefundenen Ergebnisse über die Entwicklung des Instituts der Teilungsanordnung des Erblassers.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Das Institut der Teilungsanordnung des geltenden Rechts hat sich aus der divisio bonorum des römischen Rechts, das zunächst nur die divisio bonorum parentum inter liberos und erst später die allgemeine divisio bonorum kannte, über das gemeine Recht und das preußische Allgemeine Landrecht entwickelt. Während im römischen und gemeinen Recht nur Bestimmungen über die Verteilung des Nachlasses möglich waren, ließ das preußische Recht auch Bestimmungen über den Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung zu und, beschränkt auf bestimmte Beteiligte, bereits auch Anordnungen anderer Art für die Erbauseinandersetzung. Diese Entwicklung vollendete das Bürgerliche Gesetzbuch, indem es entsprechend der Entwicklung der divisio bonorum parentum inter liberos zur allgemeinen divisio bonorum innerhalb des römischen Rechts nun hier die Verallgemeinerung bezüglich des möglichen Inhalts einer Teilungsanordnung vornahm und ein Institut geschaffen hat, das jedem Erblasser, gleichgültig wer seine Erben sind, zusteht, und kraft dessen er nicht nur für die Verteilung, sondern auch für die Durchführung der Erbauseinandersetzung Anordnungen treffen kann.

Auch die Ausdrucksweise hält mit dieser Entwicklung Schritt. Das römische und das gemeine Recht sprachen von einer divisio bonorum (= Teilung), das preußische Recht, bei dem zu der eigentlichen Verteilung in manchen Fällen bereits andere Bestimmungen hinzutreten konnten, von einer Teilungsanordnung, und das Bürgerliche Gesetzbuch bleibt bei diesem Ausdruck.

Zweiter Teil.

Die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers.

§ 24.

Allgemeines über die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Für die Untersuchungen über die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers sind hauptsächlich zwei Fragen zu unterscheiden:

1. In welchem Maße ist eine Teilungsanordnung des Erblassers für die Erben verbindlich?
2. Haben die in einer Teilungsanordnung des Erblassers enthaltenen Zuweisungen von Nachlaßgegenständen dingliche oder obligatorische Wirkung?

Für die Beantwortung der ersten Frage ist zu untersuchen, ob eine Teilungsanordnung des Erblassers stets für die Erben verbindlich ist, also streng zu befolgen und durchzuführen, oder ob eine andere Regelung getroffen werden darf, und unter welchen Voraussetzungen eine Abweichung statthaft ist.

Für die zweite Frage ist zu erörtern, ob eine Teilungsanordnung des Erblassers, die bestimmten Erben bestimmte Nachlaßgegenstände auf ihren Erbteil zuweist, die Wirkung hat, daß die betreffenden Erben bereits durch den Erbfall Eigentümer, also dinglich Berechtigte, der ihnen zugeteilten Nachlaßstücke werden, oder ob durch die Bestimmung des Erblassers lediglich Ansprüche der Bedachten, die Übertragung des ihnen Zugewiesenen zu fordern, begründet werden.

Beide Fragen werden in der Literatur meist nicht streng auseinandergehalten. Es ergibt sich jedoch aus dem Vorstehenden,

daß es sich bei den Untersuchungen über die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers nicht um eine einheitliche Problemstellung handelt, sondern zwei gänzlich verschiedene Gruppen von Fragen zu erörtern sind. Daher muß eine strenge Trennung derselben bei der Prüfung beobachtet werden.

Eingehende Erörterungen darüber, ob die den einzelnen Erben in einer Teilungsanordnung des Erblassers zugewiesenen Gegenstände diesen als Vorausvermächtnisse oder als Teil ihrer Erbportion anfallen — eine Frage, die zweifellos auch in das Bereich der rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung gehört —, erübrigen sich, weil kein Zweifel besteht, und auch das gesamte Schrifttum sich darüber einig ist, daß die zugeteilten Nachlaßstücke stets auf den Erbteil anzurechnen sind, und der Bedachte sie als Erbe und nicht als Vermächtnisnehmer erwirbt [1]). Es soll nur so viel gesagt werden: Die Richtigkeit dieses Ergebnisses ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, das in § 2048 Satz 1 BGB. von „Anordnungen für die Auseinandersetzung" spricht. Eine „Auseinandersetzung" findet aber nur zwischen den Miterben ohne Teilnahme der Vermächtnisnehmer statt; ein Erbe, der gleichzeitig Vorausvermächtnisnehmer ist, nimmt nur bezüglich seines Erbteils, nicht auch bezüglich des Vorausvermächtnisses an der Erbauseinandersetzung teil [2]). — Die weiteren Ausführungen werden sich auf die vorgenannten beiden Fragen beschränken, deren Entscheidung sich nicht so einfach ableiten läßt.

---

[1]) Vgl. auch Kretzschmar, SächsArch. 1922 S. 5; Neumann, Jahrbuch S. 359 f.

[2]) Über die Stellung des gemeinen Rechts und des preuß. Allgem. Landrechts zu dieser Frage vgl. unten S. 102 und Anm. 16 S. 103.

I. Abschnitt.

Die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers.

1. Kapitel.

§ 25.

Die Verbindlichkeit einer divisio bonorum des gemeinen Rechts für die Erben.

Für das gemeine Recht ist in bezug auf die divisio bonorum parentum inter liberos der Satz aufgestellt worden [1]): „Werden die Anordnungen vom Erblasser nicht widerrufen, so haben sie nach seinem Tode bindende Kraft für die Descendenten wie auch für den Theilungsrichter." Diese Ansicht entspricht durchaus der gesamten Einstellung des römischen und des gemeinen Rechts. Die im Geist der Römer patriarchalische Stellung des Vaters forderte, daß die von ihm gegebenen Anweisungen unbedingt zu befolgen waren.

Auch für die allgemeine divisio bonorum ist das gleiche zu sagen. Die Achtung vor dem Verstorbenen und die enge Zusammengehörigkeit des Erblassers und des Erben [2]) bedingen eine strenge Durchführung der erblasserischen Anordnungen ohne jegliche Abweichung [3]).

Wenn Schloßmann [4]) an Einzelfällen nachweist, daß das römische Recht nicht immer dem allgemeinen Grundsatz, jeder Befehl und Wunsch des Erblassers sei zu befolgen, Geltung verschaffte, so ist m. E. dies nur ein Versuch, moderne Anschauungen mit dem Bestreben, eine Änderung der vom Erblasser gegebenen Anweisungen zu ermöglichen, schon aus Erscheinungen des alten Rechts abzuleiten und zu rechtfertigen. Es ist sicherlich richtig, daß eine Wandlung sich bereits zur Zeit des gemeinen Rechts vorbereitete; als herrschendes Prinzip blieb jedoch vorläufig bestehen: der Erbe durfte nicht von dem Willen des Erblassers abweichen.

---

[1]) Koeppen § 71 S. 451; vgl. auch Dernburg, Pandekten Bd. III § 176 Anm. 18.

[2]) Vgl. auch oben S. 1.

[3]) So auch die Meinung der Literatur. Vgl. Voet Cap. II nr. 13 und nr. 17 S. 41 f. bzw. S. 47; Euler Pars II § 79 S. 87; Mencke These II c S. 642; Gaill Lib. II Observatio CXVI nr. 1, 2 u. 6 S. 525; Heimbach S. 948 f.; Göschen § 965 II, 6 S. 455; Glück S. 106; Fritz 1. Abschn. § 5 S. 11.

[4]) S. 309 ff.

2. Kapitel.

§ 26.

Die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts für die Erben.

Im preußischen Privatrecht herrschte Streit darüber, ob die Anordnungen des Erblassers stets verbindlich für die Erben waren oder diese sich darüber hinwegsetzen durften. Die Tatsache, daß Meinungsverschiedenheiten über diese Frage bestanden, zeigt deutlich den allmählichen Wandel des Instituts der Teilungsanordnung und die hierdurch notwendig werdende rechtliche Behandlung. Das Gesetz gibt für die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung selbst keinen Anhaltspunkt. § 121 I 17 ALR. jedoch besagt, daß die Erben sich die Anordnung des Erblassers, die Teilung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt oder dem Eintritt eines gewissen Ereignisses auszusetzen, „gefallen lassen müssen". Handelt diese Gesetzesvorschrift auch nicht von einer Bestimmung, die in der Literatur des preußischen Privatrechts als Teilungsanordnung bezeichnet worden ist, so haben wir es doch mit einer Verfügung des Erblassers zu tun, die diesem Begriff zumindest überaus nahesteht, und bei der in manchen Fällen eine Einordnung unter das Institut der Teilungsanordnung des Erblassers bestimmt zulässig ist [1]) — für das geltende Recht ist, wie oben ausgeführt wurde [2]), die rechtliche Charakterisierung des Teilungsverbots als Teilungsanordnung stets zulässig —, an die wir daher für die Frage nach der Verbindlichkeit der Teilungsanordnung des Erblassers anknüpfen können.

Der Wortlaut des § 121 I 17 ALR. „sich gefallen lassen müssen" läßt erkennen, daß das Gesetz das Teilungsverbot für unbedingt verbindlich erklärt. Diese Ansicht vertreten auch Dernburg [3]) und Förster-Eccius [4]). Koch [5]) dagegen gewährt, wie Dernburg angibt, den Erben die Freiheit, sich über das Teilungsverbot hinwegzusetzen, schränkt diese Ansicht allerdings dahin ein, daß er sagt, der Teilungsrichter darf die Auseinandersetzung entgegen

[1]) Vgl. oben S. 26.
[2]) Vgl. oben S. 24 ff., insbes. S. 25 f.
[3]) Pr.PrR. Anm. 8 zu § 245 S. 723.
[4]) § 273 S. 578.
[5]) Vgl. Dernburg, Pr.PrR. Anm. 8 zu § 245 S. 723.

dem Verbot des Erblassers nur zulassen, wenn die Erben wichtige Gründe haben, von der Verordnung abzuweichen — eine Auffassung, die dem Sinn des § 2044 Abs. I in Verb. mit § 749 Abs. II und III BGB. entspricht. — Der Einstellung des Gesetzes und der Absicht des Gesetzgebers entspricht wohl nur die Ansicht von Dernburg und Förster-Eccius, weil das preußische Allgemeine Landrecht noch zu stark unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Gedankengänge stand, als daß man eine völlige Umwälzung der Auffassung annehmen dürfte [6]). — Eine andere Frage dagegen ist es, ob die Ansicht von Koch nicht als Ausfluß der allgemeinen Rechtsentwicklung anzusehen ist, die zweifellos nach einer freieren Stellung der Erben strebte [7]).

Es muß nun untersucht werden, wie weit aus dem Spezialfall des Teilungsverbots Schlüsse auf die Verbindlichkeit der Teilungsanordnung selbst gezogen werden dürfen. Dernburg hielt auch bei dieser Frage nach der Gebundenheit der Erben an die Teilungsanordnung des Erblassers an der alten Anschauung fest, denn er sagte: „Sind die Betheiligten einig, so hat, s o w e i t e s m i t d e n V o r s c h r i f t e n d e s E r b l a s s e r s v e r t r ä g l i c h i s t, die Auseinandersetzung nach ihren Anträgen zu geschehen.“ [8]) Ebenso verneinte Koch [9]) nunmehr die Zulässigkeit der Abänderung einer elterlichen Teilungsanordnung durch die Kinder [10]). Förster-Eccius dagegen wichen von ihrer soeben für das Teilungsverbot angeführten Ansicht ab [11]); sie meinten, die sonstigen Anordnungen des Erblassers könnten „durch Willenseinigung der Erben beseitigt werden“.

Ich möchte annehmen, daß beide Fälle, der des § 121 I 17 ALR. und der der erblasserischen Teilungsanordnung, nur gemeinsam entschieden werden können, denn die fraglichen Willensäußerungen des Testators sind so gleichwertig, daß, obwohl eine allge-

---

[6]) Vgl. auch die oben S. 43 für das gemeine Recht gemachten Ausführungen.

[7]) Vgl. oben S. 43.

[8]) Pr.PrR. § 245, 6 c S. 726.

[9]) § 61 S. 627.

[10]) Der Verallgemeinerung dieser Bemerkung auf die Teilungsanordnung überhaupt steht nach dem oben S. 5 f. und S. 12 Gesagten nichts entgegen.

[11]) § 273 S. 578.

meine Zusammenfassung beider Bestimmungen unter den Oberbegriff der Teilungsanordnung noch nicht vollzogen war [12]), eine Trennung sinnwidrig wäre.

Es hat daher das schon oben für das Teilungsverbot Gesagte auch hier zu gelten: Die unbedingte Verbindlichkeitserklärung der Teilungsanordnung des Erblassers entspricht dem Sinn des Gesetzes und der Auffassung, aus der es entstanden ist; die Zubilligung an die Erben, durch Übereinkunft abweichende Bestimmungen treffen zu können, entspringt gewandelter Lebensanschauung und der dieser folgenden Rechtsentwicklung; letztere brachte aber, wie sogleich ausgeführt werden wird, erst das Bürgerliche Gesetzbuch.

3. Kapitel.

§ 27.

Allgemeines über die Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des geltenden Rechts.

Auch für die Frage nach der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers hat das geltende Recht den Abschluß der Entwicklung und die Abrundung der Widersprüche gebracht, wenn auch nicht durch den Gesetzestext selbst, so doch durch die im Anschluß an ihn entwickelte Lehrmeinung und Rechtsprechung.

Die gemäß den §§ 2044 und 2048 BGB. getroffenen Vorschriften des Erblassers brauchen für das bürgerliche Recht nicht mehr, wie noch soeben für das preußische Allgemeine Landrecht, gesondert betrachtet zu werden, weil festgestellt werden konnte [1]), daß eine Anordnung des Erblassers gemäß § 2044 BGB. nur einen Fall der in einer Teilungsanordnung des Erblassers möglichen Bestimmungen darstellt.

Über die Tatsache, daß überhaupt eine Verbindlichkeit für die Erben besteht, die Vorschriften des Erblassers aus einer Teilungsanordnung zu befolgen, kann kein Zweifel aufkommen. Es ergibt sich bereits aus dem Vorhandensein der Gesetzesvorschriften über die Teilungsanordnung des Erblassers, insbesondere des § 2048

---

[12]) Vgl. oben S. 26.

[1]) Vgl. oben S. 24 ff., insbes. S. 25 f.

BGB., daß dies der Fall ist. Die Aufnahme dieser Bestimmungen in das Bürgerliche Gesetzbuch wäre völlig sinnlos, wenn durch eine Teilungsanordnung keinerlei rechtliche Bindungen begründet würden. Eine Bestätigung für das Bestehen einer Verbindlichkeit auf Grund einer Teilungsanordnung des Erblassers läßt sich weiterhin aus § 2204 BGB. ableiten. Dieser Paragraph bestimmt, daß ein Testamentsvollstrecker die Erbauseinandersetzung „nach Maßgabe der §§ 2042—2056" zu bewirken hat. Die hier genannten Vorschriften umfassen also auch die Bestimmungen über eine Teilungsanordnung des Erblassers. Ein Testamentsvollstrecker hat demnach derartige Bestimmungen zu beachten und durchzuführen, d. h. er ist an sie gebunden. Hieraus darf wohl ohne weiteres gefolgert werden, daß auch die Erben verpflichtet sind, den Anordnungen des Erblassers nachzukommen, weil diese ja in erster Linie an sie gerichtet und für sie bestimmt sind.

Es bleibt festzustellen, welcher Art die durch eine Teilungsanordnung des Erblassers den Erben auferlegte Bindung ist. Auch über diesen Punkt ist im Gesetz unmittelbar mit Bezug auf eine erblasserische Teilungsanordnung nichts gesagt. Es ist deshalb auf § 2042 Abs. II BGB. zurückzugreifen, der allgemein für die Erbauseinandersetzung auf die Vorschriften für die Gemeinschaftsteilung (§§ 749 Abs. II u. III und 750—758 BGB.) verweist. Es ist somit eine schuldrechtliche Verpflichtung der Erben untereinander anzunehmen: jeder Erbe hat das Recht, von seinen Miterben die Befolgung der vom Erblasser gegebenen Teilungsvorschriften zu fordern [2]).

Die nunmehr zu untersuchende Frage kann jetzt folgendermaßen gefaßt werden: Ist die Teilungsanordnung des Erblassers, gleichgültig welchen Inhalt sie hat, unbedingt verbindlich für die Erben, oder kann sie unter bestimmten Voraussetzungen — und welches sind diese — von den Erben außer Kraft gesetzt oder geändert werden? — Das Gesetz selbst hat mit Bezug auf eine Teilungsanordnung des Erblassers nichts hierüber bestimmt.

---

[2]) Vgl. auch Mot. V S. 688 f.; ferner kommen zum gleichen Ergebnis, allerdings ohne es zu begründen: Planck-Ebbecke Bem. 1 zu § 2048 BGB.; RGRKomm. Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Kreß Anm. 11 zu S. 206; Strohal Bd. II § 65 S. 110 und viele andere.

§ 28.

a) Die Lehre von der Unabdingbarkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers, insbesondere ihre Herleitung aus der Erwähnung der §§ 749 Abs. II u. III, 750, 751, 1010 Abs. I BGB. in § 2044 Abs. I Satz 2 BGB.

Die Ansicht, daß die Anordnungen des Erblassers für unabdingbar zu gelten haben, finden wir nur von wenigen Schriftstellern vertreten, und zwar stets in Zusammenhang mit der Besprechung von Bestimmungen gemäß § 2044 BGB.[1]). Diese Stellen müssen hier deshalb herangezogen werden, weil das Teilungsverbot eine unter den Begriff der Teilungsanordnung des Erblassers fallende Bestimmung ist[2]), und deshalb die für dieses gefundenen Ergebnisse auch für die Teilungsanordnung im allgemeinen auszuwerten sind.

Die Behauptung Brettners[3]), die Abweichung der Erben von der Anordnung des Erblassers sei ein Verstoß gegen die guten Sitten, also gegen § 138 BGB., kann gegenüber der oben[4]) besprochenen Wandlung der Anschauungen über die Beachtlichkeit des erblasserischen Willens nicht aufrecht erhalten werden[5]).

Wesentlicher dagegen ist der andere von Brettner angeführte Grund: Der Gesetzgeber habe durch die Erwähnung des § 749 Abs. II und III BGB. in § 2044 Abs. I Satz 2 BGB. e i n e n Fall bezeichnet, in dem eine Abweichung gestattet ist; hieraus müsse nun geschlossen werden, daß in allen übrigen eine Abänderung nicht zulässig ist. Zunächst müssen diese Ausführungen dahin ergänzt werden, daß das Gesetz noch andere Fälle der Nichtbeachtlichkeit der Verbindlichkeitswirkung nennt, so die §§ 750, 751 und 1010 Abs. I BGB., und daß fernerhin auch der nicht erwähnte § 16 KO. hierzu zu zählen ist. Allerdings beruht in den letztgenannten Fällen außer bei § 750 BGB. die Unbeachtlichkeit der Vorschrift des Erblassers nicht auf einem in der Person eines Erben gegebenen Grund, vielmehr ist sie zum Schutze Außenstehender vorgesehen. Diese Mehrheit der Fälle des Fortfalls der Verbindlichkeit

---

[1]) Vgl. Endemann § 111, 1 a; Brettner S. 225; Boehm Anm. 3 S. 40.
[2]) Vgl. oben S. 24 ff., insbes. S. 25 f., ferner S. 46.
[3]) S. 225.
[4]) Vgl. oben S. 43 und S. 45.
[5]) Vgl. auch Kreß Anm. 1 zu S. 233.

der Anordnung spricht aber noch nicht gegen die Richtigkeit der von Brettner aufgestellten Behauptung, scheint im Gegenteil eher geeignet, sie zu bestärken. Trotzdem ist sie für das Teilungsverbot, und damit auch für die Teilungsanordnung des Erblassers allgemein, nicht stichhaltig.

§ 2044 Abs. I Satz 2 BGB. ordnet „entsprechende Anwendung der §§ 749 Abs. II u. III, 750, 751, 1010 Abs. I" auf das Teilungsverbot des Erblassers an. Es ist daher vor allem zu untersuchen, welche Bedeutung diesen Vorschriften im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zukommt. Hierfür ist zu sagen: § 749 Abs. II BGB. gibt den Teilhabern das Recht, durch obligatorischen Vertrag die Auseinandersetzung für immer oder auf Zeit auszuschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig zu machen; um jedoch unbillige Härten zu vermeiden, bestimmt er, daß bei dem Vorliegen eines wichtigen Grundes jeder Gemeinschafter auch gegen den Widerspruch der anderen und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt ist, sich von der Vereinbarung zu befreien, weil im allgemeinen ihre Aufhebung, wie bei jedem obligatorischen Vertrag, nur durch eine von allen Beteiligten getroffene neue Abmachung, die die erste ersetzt, beschlossen werden kann [6]). Aus dem gleichen Bestreben erklärt § 750 BGB. die Aufhebung der Gemeinschaft für zulässig bei dem Tode eines Teilhabers. In den §§ 751 BGB. und 16 KO. werden dagegen Schutzvorschriften für die Gläubiger aufgestellt, deren Befriedigung nicht daran scheitern darf, daß ihr Schuldner eine Verpflichtung gemäß § 749 Abs. II BGB. eingegangen ist. § 1010 Abs. I BGB. schützt den Erwerber eines Miteigentümeranteils, wenn der vereinbarte Ausschluß des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu fordern, nicht im Grundbuch eingetragen war.

Der Sinn des § 2044 Abs. I Satz 2 BGB. kann, weil „entsprechende Anwendung" gefordert wird, und die Erbengemeinschaft letztlich nur ein besonderer Fall der Gemeinschaft allgemein ist, nach den eben hier gemachten Feststellungen ebenfalls nur darauf abzielen, daß auch der Erbe nur so lange an das Teilungsverbot des Erblassers gebunden sein soll, als dies zumutbar erscheint, also nicht wenn die Voraussetzungen vorliegen, die auch den Teilhaber

---

[6]) Vgl. auch Enneccerus Bd. II § 75 III, bearbeitet von Lehmann.

einer Gemeinschaft trotz der von ihm übernommenen Verpflichtung, die Aufhebung nicht zu verlangen, berechtigen, von der Vereinbarung abzugehen. Ferner soll auch bei der Erbengemeinschaft wie bei der Gemeinschaft im allgemeinen den Gläubigern das Zugriffsrecht auf den ihrem Schuldner zugefallenen Erbteil ermöglicht werden. Die Erwähnung der in § 2044 Abs. I Satz 2 BGB. genannten Vorschriften sagt also in keiner Weise etwas über die Unabdingbarkeit des Teilungsverbots für die Erben, hat vielmehr nur die Bedeutung, die Möglichkeit der Teilung in bestimmten Fällen auch gegen den Willen der Miterben zu sichern, was ohne die im Gesetz gemachten Vorbehalte nicht ohne weiteres anzunehmen wäre, weil grundsätzlich jeder Erbe auf der Durchführung der Teilungsanordnung, also auch des Teilungsverbots, bestehen kann [7]).

Der Versuch, aus den Vorschriften des Gesetzes selbst etwas über das Maß der Verbindlichkeit des erblasserischen Teilungsverbots zu erfahren, ist also ergebnislos geblieben. Es können daher aus der Erwähnung der §§ 749 Abs. II u. III, 750, 751, 1010 Abs. I BGB. in § 2044 Abs. I Satz 2 BGB. auch keine Folgerungen auf das Maß der Verbindlichkeit der Teilungsanordnung des Erblassers im allgemeinen gezogen werden.

b) Die Teilungsanordnung des Erblassers als Dispositivbestimmung. (Vergleichende Heranziehung der Erbeinsetzung als Dispositivbestimmung für die Frage nach dem Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers.)

Es sind nun andere Betrachtungen anzustellen, auf Grund derer sich vielleicht die Unabdingbarkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers rechtfertigen läßt.

Für diese weiteren Erörterungen über das Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung ist vor allem von der Tatsache auszugehen, daß es sich bei einer Teilungsanordnung des Erblassers nicht um Vereinbarungen handelt, die zwischen den an der Nachlaßauseinandersetzung beteiligten Parteien getroffen wurden, sondern um Bestimmungen des Erblassers für die Erben, also um Anordnungen eines Außenstehenden für die an der Auseinander-

---

[7]) Vgl. oben S. 47.

setzung Beteiligten. Die zu untersuchende Frage kann daher, nachdem der Versuch, das Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung für die Erben unmittelbar aus dem Gesetz abzuleiten, gescheitert ist, jetzt folgendermaßen gefaßt werden: Begründet der Erblasser durch die Errichtung einer Teilungsanordnung für die Erben eine unabdingbare Verpflichtung oder nur eine Verpflichtung innerhalb bestimmter Grenzen, seine Bestimmungen durchzuführen, und in welcher Weise läßt sich die Macht des Erblassers aus dem Gesetz rechtfertigen?

Es handelt sich bei der Teilungsanordnung zweifellos um eine Dispositivbestimmung des Erblassers, die in gewissem Sinne der Erbeinsetzung vergleichbar ist; bei der letzteren werden Vorschriften über die Erbfolge aufgestellt, bei der ersteren solche über die Art der Erbauseinandersetzung; in beiden Fällen handelt es sich also um gestaltende Bestimmungen des Erblassers über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode. Für die Beantwortung der gestellten Frage möchte ich daher zunächst nicht von dem Sondergebiet erblasserischer Teilungsanordnungen ausgehen, sondern prüfen, ob aus der Behandlung anderer Dispositivbestimmungen des Erbrechts ein Schluß auf das Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers möglich ist.

Die wichtigste Dispositivbestimmung des Erbrechts ist die Erbeinsetzung. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Anordnungen des Erblassers zwingende Kraft beigelegt; ist dies auch nicht aus dem Gesetz unmittelbar zu entnehmen, so ergibt es sich doch eindeutig aus den Vorschriften über die rechtliche Stellung des Erben (§§ 1942 ff. BGB.).

Als Beispiel sei der folgende Fall angeführt: Ein Erblasser hat A und B als Erben eingesetzt, und zwar A auf $^1/_3$ und B auf $^2/_3$ seines Vermögens. Haben A und B nun aber den Wunsch, daß jeder von ihnen die Hälfte des gesamten auf sie fallenden Nachlasses erhalten solle, so ist eine Verwirklichung dieser Absicht nicht dadurch möglich, daß sie die Bestimmungen des Erblassers ändern oder außer Kraft setzen, denn nach § 1946 BGB. kann ein Erbe die Erbschaft nur annehmen oder ausschlagen, d. h. er kann nicht einen Teil derselben annehmen oder nur einen Teil ausschlagen; ebenso ist es nicht zulässig, daß der Erbe die Erbschaft unter einer Bedingung annimmt oder ausschlägt (§ 1947 BGB.). Für unseren

Fall bedeutet das also: B ist nicht befugt, die Erbschaft in Höhe von $^3/_6$ anzunehmen und den Rest von $^1/_6$ zugunsten von A auszuschlagen. Schlägt B aber die ganze Erbschaft aus, so regelt sich deren Verbleib nunmehr nach den Bestimmungen des § 1953 Abs. II BGB., also B ist nicht in der Lage, über den Verbleib des ihm zugedachten Erbteils selbst zu bestimmen; er verliert vielmehr seine Erbenqualität ex tunc (§ 1953 Abs. I BGB.).

Es ergibt sich aus dem soeben Gesagten, daß ein Erbe zwar die vom Erblasser mit der Erbeinsetzung verfolgte Absicht durchkreuzen kann, indem er die Erbschaft ausschlägt. Er verliert aber hierdurch jegliche Möglichkeit, auf das ihm vom Erblasser ursprünglich Zugedachte in irgendeiner Weise einzuwirken. Für die rechtliche Beurteilung folgt also, daß eine Erbeinsetzung unabdingbar ist, d. h. daß eine willkürliche Korrektur des erblasserischen Willens durch Einigung der Erben nicht erfolgen kann. — Daß die Erben nach erfolgter Auseinandersetzung durch zwischen ihnen getroffene Vereinbarungen (etwa eine Schenkung) wirtschaftlich das von ihnen angestrebte Ergebnis erreichen können, hat nichts mehr mit der hier zu erörternden Frage zu tun und muß deshalb außer acht gelassen werden.

Geht man nun von der Voraussetzung aus, daß alle Dispositivbestimmungen des Erbrechts vom Gesetz gleich behandelt werden, so ergibt sich, daß auch die Teilungsanordnung des Erblassers für die Erben unbedingt verbindlich ist. Ob eine solche Annahme aber zulässig ist, muß untersucht werden.

Im Gesetz selbst fehlt jeglicher Anhalt für eine solche Auffassung. Es ist ein Recht des Erben, sich der Teilungsanordnung des Erblassers nicht zu unterwerfen, das als Ausgleich für die fehlende Möglichkeit, die auferlegten Vorschriften abzuändern, zu bewerten wäre, überhaupt nicht erwähnt, während dies bei der Erbeinsetzung geschehen ist, indem in § 1946 BGB. dem Erben ausdrücklich zugebilligt wird, sich der Bestimmung des Erblassers durch Ausschlagung zu entziehen. Ferner geht das Bürgerliche Gesetzbuch nicht darauf ein — entsprechend § 1953 BGB. —, was zu geschehen hat, wenn ein Erbe die Teilungsanordnung des Erblassers nicht befolgen will. Dieses sind Tatsachen, die den Schluß nahelegen, daß den Teilungsvorschriften des Erblassers nicht die gleiche zwingende Kraft innewohnt wie einer Erbeinsetzung.

Es ließe sich nun vielleicht sagen, daß der Gesetzgeber durch die ausführliche Regelung, die er für solche Fälle der Ablehnung durch den Erben bei der Erbeinsetzung getroffen hat, es als überflüssig erachtete, sie bei anderen Dispositivbestimmungen zu wiederholen. Aber auch diese Annahme entbehrt jeglicher Rechtfertigung im Gesetz oder den Materialien. Es muß vielmehr gesagt werden, daß die Rechtsfolgen, die für eine so wichtige Bestimmung wie die Erbeinsetzung festgelegt sind, nicht ohne weiteres auf minder schwerwiegende Rechtserscheinungen übertragen werden dürfen; denn während die Auswahl der Erben grundlegend für das gesamte Schicksal des Vermögens des Erblassers ist, ist die Teilungsanordnung ein neben der Bedeutung der ersteren völlig in den Hintergrund tretender Nebenpunkt. Eine Gleichwertigkeit beider Verfügungen des Erblassers — der Erbeinsetzung und der Teilungsanordnung — kann, was ihre Bedeutung anbetrifft, nicht behauptet, noch eine solche Behauptung aufrechterhalten werden. Andererseits ist zu sagen: Wenn der Gesetzgeber bei der wichtigen Bestimmung über die Erbfolge es dem Berufenen in die Hand gibt, sich durch Ausschlagung der an sich zwingenden Vorschrift des Erblassers zu entziehen, so muß eine solche Möglichkeit für den mit einer Teilungsanordnung — einer weniger wesentlichen Bestimmung — belasteten Erben erst recht bestehen. Gerade das Fehlen einer Regelung für den Fall, daß die Teilungsanordnung nicht befolgt werden soll, möchte ich daher als Bestätigung der zu ziehenden Folgerung ansehen: Die Teilungsanordnung des Erblassers ist nicht unabdingbar; es erübrigte sich deshalb, besondere Maßnahmen für den Fall zu treffen, daß ein Erbe sich dem Zwang der Verordnung des Erblassers nicht fügen will.

Auch ein Hinweis auf die Beachtlichkeit des Willens des Erblassers kann nicht als genügende Begründung für eine unbedingte Verbindlichkeit der Teilungsanordnung dienen. Wie bereits an anderer Stelle erwähnt [8]), entspricht es der modernen Lebensanschauung nicht mehr, die Anordnungen des Erblassers als absolut unabänderlich zu betrachten; anzunehmen ist eine unbedingte Gebundenheit vielmehr nur in den Fällen, in denen es das Gesetz ausdrücklich vorschreibt oder es sich einwandfrei aus dessen Sinn ergibt.

[8]) Vgl. oben S. 43, S. 46 und S. 48.

c) Die „Pflichtverletzung" des Erben, der seine Zustimmung zu einer Abweichung von der Teilungsanordnung des Erblassers gibt. (Die hierfür von Binder und Endemann angeführten Begründungen.)

Binder [9]) behauptet im Zusammenhang mit dem Teilungsverbot gemäß § 2044 BGB., dessen Unabdingbarkeit er bejaht, daß jeder Erbe, der einer Abweichung von den Vorschriften des Erblassers zustimmt, gegen die ihm persönlich auferlegte Pflicht zur Befolgung der Anordnungen verstößt [10]). Daß eine persönliche Verpflichtung der Erben zur Durchführung der vom Erblasser aufgestellten Bestimmungen besteht, ist bereits oben [11]) erörtert worden. Daß die Einwilligung zur Änderung oder Außerkraftsetzung der Vorschriften des Erblassers dieser Verpflichtung zu widersprechen scheint, kann nicht geleugnet werden. So weit ist den Ausführungen Binders unbedingt zuzustimmen. Die Folgerung aber, die Binder nunmehr zieht, die Zustimmung stelle sich als „Pflichtverletzung" dar, kann nicht ohne weiteres anerkannt werden. Ob es sich um die Verletzung einer Verpflichtung handelt, hängt ja gerade von dem Umfang der bestehenden Verpflichtung ab, und auf diesen geht Binder nicht ein. Er setzt vielmehr voraus, daß die Bestimmung des Erblassers zwingender Natur ist, was ja erst zu untersuchen wäre, und zieht Schlüsse aus dieser Hypothese, ohne sie vorher bewiesen zu haben.

Endemann [12]) will nun eine Begründung für die von Binder aufgestellte Behauptung daher leiten, daß die Erben durch die An-

---

[9]) S. 250 f. und S. 267.

[10]) Unverständlich ist es, wenn Binder die unbedingte Verbindlichkeit des Teilungsverbotes bejaht, jedoch für die Teilungsanordnung im allgemeinen sagt, daß „einer abweichenden Vereinbarung der Miterben natürlich nichts im Wege steht", denn zumindest leugnet er nicht, daß auch das Teilungsverbot als Teilungsanordnung anzusehen ist. — Da Binder lediglich auf seine Stellungnahme zum Teilungsverbot näher eingeht, sollen nur diese Erörterungen für die Ausführungen des Textes herangezogen und auf ihre Haltbarkeit geprüft werden. Erweisen sie sich als richtig, müßten sie ja nach dem oben S. 24 ff., insbes. S. 25 f. (vgl. auch S. 46) Gesagten auch für alle unter den Oberbegriff der Teilungsanordnung fallenden erblasserischen Bestimmungen zutreffen.

[11]) Vgl. oben S. 46 f.

[12]) § 111, 1 a.

nahme der Erbschaft sich selbst als an die Teilungsanordnung des Erblassers gebunden erklärt haben. Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Eine solche Beweisführung wäre, zunächst abgesehen von ihrer Richtigkeit, wenig wünschenswert, weil sie die rechtliche Beurteilung der erblasserischen Vorschriften nicht aus diesem Rechtsbegriff selbst herleitet, sondern unter Hinzunahme einer anderen Rechtshandlung: der Annahme der Erbschaft durch den Berufenen. — Aber auch die Behauptung selbst kann nicht aufrecht erhalten werden. Durch die Annahme der Erbschaft folgt der Bedachte nur seiner Berufung, erklärt sich aber in keiner Weise über die ihm auferlegten Verpflichtungen, also auch nicht über die Teilungsanordnung des Erblassers. Da eine Teilungsanordnung auch streng von einer Erbeinsetzung zu unterscheiden ist [13]), ist ein Schluß aus der Annahme der Erbschaft auf die Anerkennung der Teilungsanordnung nicht möglich.

Auch die Tatsache, daß bei der Ausschlagung der Erbschaft der Erbe gleichzeitig von der Verpflichtung zur Befolgung der Teilungsanordnung des Erblassers frei wird, ist nicht geeignet, die von Endemann vorgetragene Begründung zu bestätigen. Es handelt sich hier nur um ein zeitliches Zusammentreffen, d. h. besser gesagt, um eine unmittelbare Aufeinanderfolge zweier Ereignisse; der wahre Grund für das Entfallen der Bindung an die Teilungsanordnung des Erblassers ist nicht die Ausschlagung der Erbschaft, sondern die Tatsache, daß der zunächst Berufene nun nicht mehr Erbe ist und die Teilungsanordnung des Erblassers ihn daher nichts mehr angeht.

d) Vergleichende Betrachtung einer Teilungsanordnung des Erblassers und einer Auflage hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkungen zum Zwecke der Feststellung des Maßes der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung.

Es soll jetzt untersucht werden, ob einer Teilungsanordnung des Erblassers die Wirkungen einer Auflage zukommen. Hierfür ist von § 1940 BGB. auszugehen. Dieser gibt dem Erblasser die

---

[13]) Vgl. oben S. 33 ff.

Möglichkeit, einen Erben zu einer Leistung zu verpflichten [14]). Wenn sich also eine Übereinstimmung zwischen den Merkmalen der Auflage und denen einer Teilungsanordnung des Erblassers ergibt, so würde hieraus zu folgern sein, daß auch den Teilungsvorschriften des Erblassers unbedingte Verbindlichkeit innewohnt. Dies ist jedoch nicht der Fall, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

Das Wesen der Auflage besteht darin, daß einem Erben (oder Vermächtnisnehmer, auch Vorausvermächtnisnehmer hinsichtlich des Vorausvermächtnisses) eine Verpflichtung auferlegt wird, aber niemand vorhanden ist, dem ein Recht auf die Leistung zugewendet wird (§ 1940 BGB.) [15]). Bei der Teilungsanordnung dagegen haben die Miterben ein eigenes Recht, die Befolgung der erblasserischen Vorschriften zu verlangen [16]). Ein Widerspruch des soeben Gesagten mit § 2194 BGB. besteht nicht. Das dort bestimmten Personen gegebene Recht, die Vollziehung der Auflage zu fordern, ist anderer Art; es ist ihnen übertragen, um die Ausführung des Willens des Erblassers zu sichern. Die Forderung geht dementsprechend nur darauf, die Befolgung zu erzwingen, gleichgültig wer der mit der Leistung Begünstigte ist, während bei dem Recht der Miterben, auf der Befolgung der Teilungsanordnung des Erblassers zu bestehen, es sich um Wahrung eigener Interessen handeln wird, jedenfalls ihnen das Forderungsrecht zum eigenen Schutz zugewendet ist [17]).

Die sich aus den soeben gemachten Ausführungen ergebende grundlegende Verschiedenheit zwischen den rechtlichen Auswirkungen einer Auflage und denjenigen einer Teilungsanordnung genügt bereits, um die Vergeblichkeit des angestellten Versuches dar-

---

[14]) Der Fall, daß eine Auflage ihre Wirkung verlieren kann, wenn alle, die gemäß § 2194 BGB. ihre Ausführung fordern können, von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen oder auf sie verzichten (vgl. auch Binder S. 246 und die Ausführungen unten S. 67), muß außer Betracht bleiben, weil es sich bei den oben anzustellenden Erörterungen allein um die Verpflichtung des Erben handelt und nicht darum, ob er durch Mitwirkung der in § 2194 BGB. Genannten von der Ausführung der Auflage befreit werden kann.

[15]) Vgl. Kipp in Enneccerus Bd. V § 113 I S. 405.

[16]) Vgl. oben S. 47 und die S. 47 Anm. 2 angegebene Literatur.

[17]) Vgl. auch Strohal Bd. II § 65 S. 109 f.; Kreß Anm. 11 zu S. 206.

zutun: Die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers und einer Auflage stimmen nicht überein, deshalb ist es auch nicht angängig, aus dem Maß der Verbindlichkeit einer Auflage auf das Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers zu schließen, und noch viel weniger zulässig, eine Gleichsetzung beider Institute vorzunehmen. Eine auflageartige Wirkung der Teilungsanordnung des Erblassers ist also nicht vorhanden [18]).

Auf die Frage, ob die Teilungsanordnung des Erblassers ihrer rechtlichen Natur nach eine Auflage ist, wird an späterer Stelle noch eingegangen werden [19]).

Mit dem bisher Gesagten ist auch Boehm [20]) widerlegt, der ohne Angabe einer Begründung das Vorliegen einer unabdingbaren Rechtspflicht, die Teilungsanordnung des Erblassers zu befolgen, annimmt.

Auch ein Hinweis auf § 121 I 17 ALR. [21]) kann nicht dazu beitragen, das Vorliegen einer stets bindenden Rechtspflicht zu bestätigen, denn schon für das preußische Privatrecht ging trotz ausdrücklicher Regelung im Gesetz die Entwicklung dahin, sich über die Verbindlichkeit des Teilungsverbots hinwegzusetzen [22]).

Die Versuche, die Unabdingbarkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers für die Erben zu begründen, sind also alle fehlgeschlagen. Es muß deshalb als feststehend angesehen werden, daß eine zwingende Verbindlichkeit der Teilungsanordnung des Erblassers nicht gegeben ist. Es bleibt daher im folgenden nur noch zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen eine Abweichung von den Teilungsvorschriften statthaft ist.

§ 29.

Die Abänderung oder Außerkraftsetzung einer Teilungsanordnung des Erblassers durch den Beschluß der Erben.

Soweit die Literatur und die Judikatur auf die Verbindlichkeit oder die Unverbindlichkeit der Teilungsanordnung des Erblassers

---

[18]) So auch Mot. V S. 688 f.
[19]) Vgl. unten S. 84 ff.
[20]) Anm. 3 zu S. 40.
[21]) So Brettner S. 225.
[22]) Vgl. oben S. 44 ff., insbes. S. 46.

allgemein eingehen, wird die Ansicht vertreten, daß die Erben durch Einigung sich über sie hinwegsetzen können [1]). Die Begründung für diese Meinung wird im allgemeinen darin gesucht, daß es sich bei der die Verteilung von Nachlaßgegenständen regelnden Teilungsanordnung ebenso wie bei einem Vermächtnis nur um eine mit obligatorischer, nicht mit dinglicher Wirkung ausgestattete Bestimmung des Erblassers handele [2]), also der in der Teilungsanordnung genannte Erbe wohl einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Übertragung der ihm zugeteilten Gegenstände hat, nicht aber schon durch die Zuweisung Eigentümer geworden ist und ihm nicht ein Vindikationsanspruch zusteht. Daß diese letzte Behauptung an sich zutrifft, soll erst später bewiesen werden [3]); für die hier vorliegende Frage gibt sie keine Beantwortung, denn diese Tatsachen lassen nicht auf das Maß der Verbindlichkeit derartiger Bestimmungen schließen.

Geht man wiederum davon aus, daß wir es bei der Teilungsanordnung des Erblassers nicht mit einer obligatorischen Vereinbarung der Erben untereinander, sondern mit einer einseitigen Anordnung eines außerhalb Stehenden, nämlich des Erblassers, zu tun haben, so ist zu sagen: Erstere könnten zweifellos die Beteiligten außer Kraft setzen oder ändern, für die Teilungsanordnung bedarf es aber hierfür einer besonderen Begründung.

Aus der Stellung der Erben als Gesamtnachfolger läßt sich die Befugnis zur Abweichung von der Teilungsanordnung des Erblassers nicht rechtfertigen. Das Recht des Erblassers, eine Teilungsanordnung zu treffen und sie wieder aufzuheben (§§ 2258, 2299 Abs. II u. III BGB.) — ob die Bestimmung in einem Testament oder als einseitige Verfügung in einem Erbvertrage festgelegt wurde, ist gleichgültig —, ist ein höchstpersönliches Recht, das nicht einem Rechtsnachfolger zustehen, also auch nicht auf die

---

[1]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 1 Abs. 1 zu § 2048 BGB. und Bem. 3 zu § 2044 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 1 Abs. 3 zu § 2048 BGB. und Bem. 3 zu § 2044 BGB.; RGRKomm. Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Leonhard Bem. II zu § 2044 BGB.; Crome S. 725; Kretzschmar S. 457, 460, 463 und SächsArch. 1908 S. 134; Kreß S. 233. — OLG. 40/112; Recht 1919 Nr. 1524.

[2]) So Crome S. 725 und Anm. 144 S. 725; Planck-Ebbecke Bem. 1 Abs. 1 zu § 2048 BGB.

[3]) Vgl. unten S. 77 ff.

Erben übergehen kann. Auf diesem Wege ist ein befriedigendes Ergebnis nicht zu erzielen.

Ich möchte für die Rechtfertigung der Ansicht, daß die Erben sich durch Einigung über die Teilungsanordnung des Erblassers hinwegsetzen können, neben den bereits angegebenen negativen Gründen, warum eine Teilungsanordnung n i c h t unabdingbar ist, als positive Begründung anführen: Das Gesetz verweist für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft auf die Regelung der Auseinandersetzung bei der Gemeinschaft (§ 2042 Abs. II BGB.). Hier wie dort können die Teilungsregeln des Gesetzes durch abweichende Vereinbarungen der Beteiligten ausgeschaltet [4]) und durch einen Teilungsplan der Erben bzw. der Gemeinschafter ersetzt werden. Selbst § 2043 BGB., der die Erbauseinandersetzung für bestimmte Fälle ausschließt, ist nicht zwingendes Recht; auch in einem solchen Falle können die Erben sich wirksam anderweitig einigen [5]). In dieser Handhabung der Regelung — der Gesetzgeber hätte ja auch zwingende Teilungsvorschriften erlassen können — ist ein weitgehendes Zugeständnis an die Miterben zu erblicken, denen es freigestellt bleiben soll, das, was sie von Todes wegen erhalten, so untereinander zu verteilen, wie es am besten ihren persönlichen Wünschen und der Lage des einzelnen Falles entspricht [6]). Es fragt sich nun, ob der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 2048 Satz 1 BGB. den Erben für den Fall, daß der Erblasser selbst Anordnungen für die Teilung getroffen hat, diese Freiheit nehmen wollte. Für das Vorliegen einer solchen Absicht ist kein Anhaltspunkt vorhanden. Es entspricht auch nicht dem Wesen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Angelegenheiten, die eine zwingende Regelung im Gesetz nicht gefunden haben, einer Privatperson die Macht zu geben, Bestimmungen zu treffen, die für andere unbedingt verbindlich sind. Betrachtet man jetzt noch einmal das über die Erbeinsetzung Gesagte [7]), so ergibt sich unter diesem Gesichtspunkt auch dort: das Gesetz hat keine zwingende Regelung der Erbfolge

---

[4]) Vgl. Staudinger-Herzfelder Bem. II, 3 a zu § 2042 BGB.; Marcus S. 123; Weißler S. 412 unter 10 und S. 415 unter 13.

[5]) Vgl. Staudinger-Herzfelder Bem. 4 zu § 2043 BGB.; Kreß Anm. 1 zu S. 233.

[6]) Vgl. auch Mot. V S. 696.

[7]) Vgl. oben S. 33 ff.

vorgenommen. Es ist dem Erblasser anheimgestellt, seine Erben zu bestimmen; aber auch diese Bestimmung ist trotz ihrer Unabdingbarkeit im allgemeinen im Ergebnis doch abänderbar, denn es steht den Bedachten nach § 1946 BGB. das Recht der Ausschlagung zu. Allerdings ist den Beteiligten in diesem Falle die Vereinbarungsmöglichkeit über die Verteilung des Nachlasses genommen; eine derartige Regelung ist aber für die Nichtbefolgung einer Teilungsanordnung des Erblassers nicht erfolgt.

Endlich kann aus § 2048 Satz 3 BGB. nicht abgeleitet werden, daß eine Teilungsanordnung des Erblassers nur durch Urteil abgeändert werden kann. Die Anordnungen des „Dritten" für die Auseinandersetzung sind nicht einer Teilungsanordnung des Erblassers gleichzustellen [8]). Der „Dritte" trifft sie nach eigenem Ermessen, berechtigt hierzu durch seine Ernennung in der Teilungsanordnung des Erblassers; kommt es zur Ausübung seiner Tätigkeit, so ist bereits die erblasserische Teilunganordnung zumindest in diesem Punkte von den Erben anerkannt worden. Wenn dann später an Stelle der unbilligen Entscheidung des „Dritten" die Anordnungen für die Auseinandersetzung durch Urteil getroffen werden, so steht dies in keinerlei tatsächlichem oder rechtlichem Zusammenhang mehr mit der Teilungsanordnung des Erblassers.

Oftmals wird nun die Teilungsanordnung des Erblassers eine Bevorzugung — nicht notwendig eine geldwerte, es kann sich um Rücksichtnahme auf rein persönliche Veranlagungen und Wünsche handeln — des einen oder anderen Erben enthalten [9]). Die Aufrechterhaltung der Teilungsanordnung liegt dann im Interesse des Begünstigten. Es ist nicht für notwendig zu erachten, diesem besonderen Schutz zuteil werden zu lassen, etwa dadurch, daß man eine Abänderung der Bestimmungen des Erblassers als unwirksam bezeichnet, denn wenn die Beibehaltung der Teilungsanordnung des Erblassers seinem Wunsche entspricht, wird eine Abweichung von ihr an seinem Widerspruch scheitern. Stimmt er der Vereinbarung jedoch zu, so ist wiederum keine Veranlassung, auf der Durchführung der Teilungsanordnung des Erblassers zu bestehen.

---

[8]) Vgl. oben S. 31 f., insbes. S. 32.
[9]) Vgl. auch Kretzschmar S. 463.

Zusammenfassend kann also gesagt werden: Durch die Teilungsanordnung des Erblassers wird keine unabdingbare Rechtspflicht für die Erben begründet, die Teilung in der vorgeschriebenen Weise durchzuführen. Das Gesetz bestimmt keine solche und knüpft keinerlei Folgen an die Außerkraftsetzung oder Abänderung der Teilungsanordnung. Auch dem Sinne des Gesetzes entspricht es nicht, die Bestimmungen des Erblassers für unbedingt verbindlich zu halten. Es kann daher, wenn die Erben untereinander einig sind, die vom Erblasser aufgestellte Teilungsanordnung beseitigt oder abgeändert werden, ein Ergebnis, das auch wirtschaftlich durchaus befriedigt.

Beschließen die Erben ein Abgehen von der Teilungsanordnung des Erblassers, so ist es nicht erforderlich, daß die Vorschriften des Erblassers in ihrer Gesamtheit außer Kraft gesetzt werden; es ist zulässig, daß nur eine Änderung einzelner Punkte vorgenommen wird [10]). Die übrigen Teile bleiben dann als Anordnungen des Erblassers bestehen und sind nicht als neue Vereinbarungen der Erben mit lediglich gleichem Inhalt anzusehen, was für die rechtliche Behandlung dieser Vorschriften zu beachten ist.

§ 30.

a) Die Bedeutung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers für das Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Wenn im vorhergehenden bewiesen worden ist, daß die Teilungsanordnung des Erblassers durch Übereinkunft der Miterben außer Kraft gesetzt oder geändert werden kann, muß jetzt untersucht werden, ob es für den Erblasser Möglichkeiten gibt, die Befolgung seiner Anordnungen sicherzustellen. Hierfür kommt zunächst die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers in Frage.

Die Aufgaben eines Testamentsvollstreckers ergeben sich aus den §§ 2203 ff. BGB. Die Teilungsanordnung des Erblassers ist als letztwillige Verfügung von dem Testamentsvollstrecker zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB.). Die Auseinandersetzung unter den Miterben hat der Testamentsvollstrecker nach Maßgabe

---

[10]) Vgl. Kreß S. 233.

der §§ 2042—2056 BGB. zu vollziehen (§ 2204 Abs. I BGB.). Zu diesen gehört auch § 2048 BGB. [1]). Die Pflicht des Testamentsvollstreckers, die Teilungsanordnung des Erblassers zu befolgen, ergibt sich also aus beiden Vorschriften des Gesetzes (§§ 2203 und 2204 BGB.).

Es fragt sich nun, ob die Erben in der Lage sind, gegen den Willen des Testamentsvollstreckers dahin zu wirken, daß die Erbschaftsteilung abweichend von den Vorschriften des Erblassers vorgenommen werden darf. Dies ist zu verneinen. Das Gesetz sagt klar und eindeutig, daß der Testamentsvollstrecker den Willen des Erblassers zu vollziehen hat, und läßt nicht den Schluß zu, daß eine anderweitige Ausführung der Erbauseinandersetzung zulässig ist. Wir haben es hier mit zwingenden Gesetzesvorschriften zu tun. Ein Beweis hierfür ergibt sich aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers, eine Bestimmung aufzunehmen, daß die Einigung der Erben den Testamentsvollstrecker zwinge, von den Anordnungen des Erblassers abzuweichen, wurde später fallen gelassen [2]), und zwar mit unbedingt stichhaltiger Begründung: Es sei gerade der Sinn der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, daß durch diesen der Wille des Erblassers zur Durchführung gebracht werde. Der Grund, daß nach vollzogener Erbauseinandersetzung doch eine dem Wunsche der Erben entsprechende Ausgleichung möglich sei, kann nicht die Veranlassung sein, das gesamte Institut der Testamentsvollstreckung umzustoßen, denn darauf käme eine solche Durchbrechung hinaus. Auf die Handlungsweise der Erben nach erfolgter Erbschaftsteilung einzuwirken, ist im Wege der Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht möglich; ob es überhaupt durchführbar ist, bleibt zu erörtern. Binder [3]) sagt demnach richtig: „Für den Testamentsvollstrecker ist der Wille des Erblassers und nicht der der Erben Maß und Richtschnur." Dieser Ansicht schließt sich die Wissenschaft einstimmig an [4]). — Entgegen dem Willen des

---

[1]) Vgl. auch Kammergericht in OLG. 9/397 ff.

[2]) Vgl. Prot. VI S. 97 und S. 348.

[3]) S. 250.

[4]) Vgl. Staudinger-Herzfelder Bem. 1 zu § 2048 BGB.; RGRKomm. Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Planck-Ebbecke Bem. 1 zu § 2048 BGB. und Bem. 3 zu § 2044 BGB.; ferner Planck-Flad Bem. 4 zu § 2204 BGB.; Crome S. 725

Testamentsvollstreckers ist demnach eine Abweichung von den Bestimmungen des Erblassers in einer Teilungsanordnung auf Grund einer Einigung der Erben hierüber nicht möglich. Die Teilungsanordnung des Erblassers ist also unter diesen Voraussetzungen unabdingbar.

Es bleibt die Frage zu untersuchen, ob der Testamentsvollstrecker und die Erben im Einverständnis miteinander entgegen den Vorschriften des Erblassers handeln können.

Die Vertreter der Meinung, daß gegen eine Einigung zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben nichts einzuwenden sei [5]), berufen sich darauf, daß, wie die Protokolle angeben [6]), bei den Beratungen darauf hingewiesen wurde, daß trotz der Streichung der Bestimmung, der Testamentsvollstrecker habe sich dem übereinstimmenden Willen der Erben auch gegen die Anordnungen des Erblassers zu fügen, nicht die Befugnis des Testamentsvollstreckers ausgeschlossen sei, durch Einigung mit den Erben eine von der Teilungsanordnung des Erblassers abweichende Auseinandersetzung vorzunehmen. Diese Bemerkung ist zwar laut den Protokollen unerwidert geblieben. Daß sie jedoch unzutreffend ist, ergibt sich einwandfrei aus den für die nachträgliche Streichung der angeführten Bestimmung maßgebenden Gründen [7]).

Wenn es ausdrücklich abgelehnt wurde, die Tatsache, daß die Erben nach beendigter Auseinandersetzung ohne weiteres die auf Grund der Vorschriften des Erblassers geschaffene Sach- und Rechtslage nunmehr ihren eigenen Wünschen gemäß abändern können, als geeigneten Beweggrund für die Beibehaltung der genannten Vorschrift zuzulassen, so ist diese Begründung ebensowenig geeignet, die Durchbrechung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers auf anderem Wege erlaubt erscheinen zu lassen. Wie in den Protokollen gesagt ist, kann sich das Gesetz nicht darauf einlassen, die Möglichkeiten, die den Erben nach beendigter Erb-

---

und Anm. 146 zu S. 725; Kreß Anm. 1 zu S. 233; Strohal Bd. II S. 353; Weißler S. 186; Kretzschmar, SächsArch. 1908 S. 134 unter 4 b; Berolzheimer, Zuteilung S. 404 f.

[5]) Vgl. Planck-Flad Bem. 4 zu § 2204 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 2 zu § 2204 BGB.; Weißler S. 187.

[6]) Prot. VI S. 348 f.

[7]) Vgl. Prot. VI S. 97 und S. 348; ferner oben S. 62.

auseinandersetzung zu Gebote stehen, für die Stellung und die Aufgaben des Testamentsvollstreckers maßgebend sein zu lassen; das muß auch hier gelten.

Der Schwerpunkt liegt bei der Testamentsvollstreckung auf der Ausführung der Anordnungen des Erblassers (§ 2203 BGB.). Der Testamentsvollstrecker darf sich über diese vom Gesetz gegebene Aufgabe nicht aus praktischen Gesichtspunkten hinwegsetzen. Seine Einsetzung soll dem Erblasser eine Gewähr dafür bieten, daß die Auseinandersetzung zwischen den Miterben nach seinem Willen durchgeführt wird und nicht nach dem des Testamentsvollstreckers oder der Erben. Die Nichtbeachtung der erblasserischen Vorschriften stellt sich also, auch wenn sie im Einverständnis mit den Erben geschieht, als Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers dar. Eine Zulässigkeit der Abweichung kommt deshalb nicht in Frage, weil die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Befolgung der Vorschriften des Erblassers vom Gesetz selbst auferlegt ist und nicht von einer Privatperson; die oben für die Abdingbarkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers durch die Erben angeführten Gründe [8]) können daher hier nicht Platz greifen; es bleibt vielmehr dabei, daß die Teilungsanordnung des Erblassers durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers unabdingbar wird, selbst wenn sich der Testamentsvollstrecker und die Erben darüber einig sind, daß eine Abweichung wünschenswert wäre.

Die Bestimmung des § 2204 Abs. II BGB. gibt keinen Anlaß, von der soeben dargelegten Meinung abzuweichen. Daß der Testamentsvollstrecker die Erben über den Teilungsplan vor dessen Ausführung zu hören hat, gilt nur für die Fälle, in denen der Testamentsvollstrecker den Entwurf für die Erbauseinandersetzung nach freiem Ermessen und den gesetzlichen Regeln aufgestellt hat. Bei dem Vorhandensein erblasserischer Teilungsbestimmungen ist der Testamentsvollstrecker dagegen durch § 2203 BGB. gebunden, eine Anhörung der Erben ist unnötig, weil eine Abweichung nicht erfolgen darf. Der Erblasser ist demnach in der Lage, durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers die Durchführung seiner Teilungsanordnung zu sichern; er kann durch diese Maßnahme je-

---

[8]) Vgl. oben S. 59 f.

doch nicht erreichen, daß es auch nach vollzogener Erbauseinandersetzung bei der Befolgung seiner Anordnungen bleibt.

Unberührt von dem im vorstehenden Gesagten bleiben lediglich die in § 2044 Abs. I Satz 2 BGB. genannten Fälle, bei deren Vorliegen eine Abweichung von dem Teilungsverbot des Erblassers stets zulässig ist: also wenn für einen Erben „ein wichtiger Grund" gegeben ist, aus dem er die Auseinandersetzung fordern kann (§ 749 Abs. II u. III BGB.); wenn einer der Erben stirbt und der Erblasser für den Eintritt eines solchen Ereignisses keine besondere Regelung vorgesehen hat (§ 750 BGB.); wenn ein Gläubiger eines Erben die Pfändung des Anteils erwirkt hat und der Titel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist (§ 751 BGB.); letztlich wenn ein Fall des § 1010 Abs. I BGB. vorliegt: Der Sondernachfolger eines Miteigentümers an einem Grundstück ist nicht an das Teilungsverbot des Erblassers gebunden, wenn diese Belastung nicht im Grundbuch eingetragen war. Eine Abweichung von der Vorschrift des Erblassers ist schließlich dann erlaubt, wenn die Voraussetzungen des § 16 KO. erfüllt sind: Fällt ein Erbe in Konkurs, so hat das Teilungsverbot des Erblassers keine Wirkung gegenüber der Konkursmasse. — Nicht zu billigen ist die Ansicht Kretzschmars [9]), daß bei dem Einverständnis aller Beteiligten der Testamentsvollstrecker stets von den Bestimmungen des Erblassers abgehen dürfe, und es nicht auf die Entscheidung ankomme, ob der für den Beschluß der Erben maßgebende Grund ein „wichtiger" im Sinne des Gesetzes sei. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich deutlich, daß eine solche Einigung zwischen den Miterben und dem Testamentsvollstrecker dem Gesetz zuwiderläuft; auch der Sinn der genannten Gesetzesbestimmungen kann nur so verstanden werden, daß in derartigen wichtigen Fällen eine Auseinandersetzung auch gegen den Willen der Beteiligten stattfinden darf; diese Ausnahmen müssen aber hierauf beschränkt bleiben und dürfen nicht willkürlich erweitert werden [10]).

---

[9]) SächsArch. 1908 Anm. 13 zu S. 134.

[10]) Vgl. auch die Ausführungen oben S. 48 ff.

b) Die Beschwerung der Erben mit einer Auflage, die diese zur Befolgung der Teilungsanordnung des Erblassers verpflichtet.

Geht aus einem Testament oder aus einer in einem Erbvertrag enthaltenen Verfügung — sei es ausdrücklich gesagt oder nur dem Sinn zu entnehmen — hervor, daß der Erblasser die Erben unbedingt zur Befolgung seiner Anordnungen verpflichten wollte, so „enthält das Verbot eine Auflage“ [11]). Aus einer so allgemeinen Fassung, wie Leonhard sie hier gewählt hat, geht nicht hervor, wo eigentlich die Auflage zu suchen ist. Ich möchte behaupten, daß in diesen Fällen die Pflicht, die Teilungsanordnung des Erblassers auch gegenüber einem Beschluß aller Erben aufrechtzuerhalten, sich daraus ergibt, daß der Erblasser alle Erben mit einer Auflage beschwert hat, deren Leistung in der Erfüllung der Teilungsanordnung besteht. Es sind also zwei Bestimmungen des Erblassers vorhanden, die zwar äußerlich vielleicht nicht zu trennen sind, jedoch rechtlich voneinander unterschieden werden müssen: Die Teilungsanordnung des Erblassers einerseits — die Auflage andererseits. Es darf deshalb nicht gesagt werden, daß der Teilungsanordnung des Erblassers als solcher nunmehr die Wirkung einer Auflage zukomme [12]).

Wenn auch praktisch beide Auslegungen das gleiche Ergebnis zeitigen, so ist doch eine Konstruktion, die ein und demselben Rechtsinstitut je nach Lage der Begleitumstände eine bestimmte Wirkung zukommen oder nicht zukommen läßt, nicht anzuerkennen. Der Rechtsbegriff der Teilungsanordnung des Erblassers kann nur dann als klar umschrieben gelten, wenn seine Wirkungen und seine Natur einheitlich für alle Fälle festgestellt sind und gleich bleiben; dies ist aber nur dann der Fall, wenn man streng zwischen der Teilungsanordnung des Erblassers als solcher und der in manchen Fällen hinzutretenden Auflage unterscheidet:

---

[11]) Leonhard Bem. II zu § 2044 BGB. Gemeint ist das Teilungsverbot des Erblassers gemäß § 2044 BGB.; die für dieses gemachte Äußerung muß aus den oben (S. 46 und S. 24 ff.) angegebenen Gründen auch hier für die Teilungsanordnung allgemein gewürdigt werden.

[12]) Wie RGRKomm. Bem. 1 zu § 2048 BGB. es tut; für die Gründe der Ablehnung vgl. auch oben S. 55 ff.

Die Teilungsanordnung des Erblassers selbst ist abdingbar [13]); geht die Absicht des Erblassers dahin, sie unabdingbar zu machen, so kann dies nur durch Zuhilfenahme eines anderen, außerhalb der Teilungsanordnung stehenden Rechtsmittels bewirkt werden.

Als Begründung für die oben aufgestellte Behauptung ist anzuführen: Das Institut der Auflage ermöglicht es dem Erblasser, einen oder mehrere Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung zu verpflichten, ohne einer anderen Person ein Recht auf diese zuzuwenden [14]). Die Leistung kann in jedem Tun oder Unterlassen bestehen (§ 241 BGB.) [15]), soweit dies nicht gesetzlichen Bestimmungen zuwiderläuft (z. B. § 138 BGB.). Es steht also nichts im Wege, allen Erben durch eine selbständige Auflage die Befolgung der Teilungsanordnung des Erblassers aufzugeben. Die Widersprüche, die sich ergaben, als der Versuch gemacht wurde, zu beweisen, daß die Teilungsanordnung des Erblassers die Wirkungen einer Auflage habe [16]), kommen hier in Fortfall, weil wir es mit einer selbständigen Auflage zu tun haben, also die rechtlichen Wirkungen der Teilungsanordnung außer Betracht bleiben.

Zu bedenken ist, daß eine Auflage durch Vereinbarung aller, denen nach § 2194 BGB. das Recht zusteht, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, ihre Wirkung verlieren kann [17]). Deshalb kann hier der Erblasser nicht mit vollkommener Sicherheit auf die Ausführung seiner Bestimmungen vertrauen; ebensowenig ist im Falle der Zuweisungen von Nachlaßgegenständen in einer Teilungsanordnung ihm eine Gewähr gegeben, daß nicht durch eine nach erfolgter Erbauseinandersetzung getroffene Übereinkunft die durch Erfüllung der Auflage erreichten Zwecke wieder geändert werden.

c) Die Belastung der Erben mit einer auflösenden Bedingung zur Sicherung der durch die Teilungsanordnung des Erblassers geregelten Verteilung der Nachlaßgegenstände nach vollendeter Erbauseinandersetzung.

Während es möglich ist, durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers oder durch die Beschwerung der Erben mit

[13]) Vgl. oben S. 57 ff., insbes. S. 59 f.
[14]) Vgl. Kipp in Enneccerus Bd. V § 113 I S. 405.
[15]) Vgl. Planck-Flad Vorbem. 2 a zum 5. Titel §§ 2192 ff. BGB.
[16]) Vgl. oben S. 55 ff.
[17]) Vgl. auch Binder S. 246.

einer Auflage die Befolgung der Teilungsanordnung des Erblassers bis zur vollzogenen Erbauseinandersetzung zu sichern, kann durch diese Maßnahmen kein Einfluß darauf ausgeübt werden, daß die durch die Teilungsanordnung geschaffene Sach- und Rechtslage auch nach der Beendigung der Nachlaßteilung bestehen bleibt. Ein Bedürfnis für letzteres wird wohl nur dann vorliegen, wenn innerhalb der Teilungsanordnung des Erblassers die Verteilung von Nachlaßgegenständen geregelt ist; es kann dem Erblasser daran gelegen sein, daß jeder Erbe das ihm Zugewiesene auch wirklich selbst behalte. Die Möglichkeit, hierfür Sorge zu tragen, gibt § 2075 BGB., die auflösende Bedingung.

Der Erblasser kann, wenn er die einzelnen Erbeinsetzungen unter die auflösende Bedingung stellt, daß die durch die Teilungsanordnung bestimmte Nachlaßverteilung auch nach vollzogener Auseinandersetzung die gleiche bleibe, erreichen, daß die Bestimmungen seiner Teilungsanordnung auch nach der Verteilung aufrechterhalten werden. Erfüllen die Erben die Bedingungen nicht, verlieren sie ihren Erbteil [18]).

Selbstverständlich ist es auch möglich, daß der Erblasser die Befolgung der Teilungsanordnung selbst den Erben als auflösende Bedingung auferlegt. Hiermit wird der gleiche Erfolg gezeitigt, den die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers und die Belastung mit einer Auflage haben.

§ 31.

Die Sicherung der Teilungsanordnung des Erblassers durch eine Eintragung im Grundbuch gemäß § 1010 Abs. I BGB.

Es ist noch zu erwägen, ob der Erblasser, wenn seine Teilungsanordnung ein Teilungsverbot gemäß § 2044 BGB. enthält, in der Lage ist, die schuldrechtliche Gebundenheit der Erben zu festigen, indem er sie zu einer dinglichen Belastung verpflichtet [1]). Eine derartige Sicherung ist, wenn überhaupt, nur bei Immobilien durchführbar, weil eine entsprechende Möglichkeit für Mobilien dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd ist. Für die Ausführung käme

---

[18]) Vgl. auch Kreß Anm. 1 zu S. 233; Kretzschmar § 87 II, 4 S. 457 und SächsArch. 1908 S. 134 unter 4 b.

[1]) Vgl. auch Mot. V S. 688 f.; Endemann § 111, 1 a.

§ 1010 Abs. I BGB. in Betracht, der von der Belastung der Miteigentumsanteile handelt.

Wenn auch die Miterbengemeinschaft keine Bruchteilsgemeinschaft ist, so ergibt sich doch aus § 2044 Abs. I Satz 2 BGB., daß Vorschriften über diese auch für die Erbengemeinschaft, eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, entsprechende Anwendung finden können. Es steht der Heranziehung des § 1010 Abs. I BGB. daher nichts im Wege. Nach § 1010 Abs. I BGB. wirkt der zwischen den Miteigentümern vereinbarte Ausschluß des Rechts, die Auseinandersetzung zu verlangen, gegen den Sondernachfolger nur, wenn das Bestehen einer solchen Abmachung im Grundbuch vermerkt ist. An die Stelle des Beschlusses der Miteigentümer tritt hier das Teilungsverbot des Erblassers. Von Bedeutung wird eine solche Belastung, wenn einer der Miterben eine nach § 2033 BGB. zulässige Verfügung über seinen Erbteil getroffen hat. In diesem Falle bindet, wenn die erforderliche Eintragung im Grundbuch steht, das Teilungsverbot auch den Erwerber des Anteils. Für die Festigung der Wirkung des Teilungsverbots unter den Miterben selbst kommt einer solchen Eintragung keine Bedeutung zu.

Gegen die Zulässigkeit einer derartigen Bestimmung des Erblassers, die die Erben zu der Eintragung des Teilungsverbots in das Grundbuch anhält, ist nichts einzuwenden. Sie kann in der Teilungsanordnung des Erblassers selbst bei dem Teilungsverbot enthalten sein, kann durch Auflage oder als Bedingung auferlegt werden; Gewißheit über die Ausführung hat der Erblasser auch hierbei nur, wenn er die Form einer auflösenden Bedingung wählt oder einen Testamentsvollstrecker ernennt [2]).

Allgemein ist für den Fall, daß ein Erbe über seinen Anteil verfügt, noch zu sagen, daß die für den Erben festgestellten rechtlichen Wirkungen auch bei dem Sondernachfolger eintreten, denn dieser rückt in die Stellung des Erben ein [3]).

---

[2]) Vgl. oben S. 61 ff., S. 67 f., auch S. 66 f.

[3]) Vgl. auch Peiser S. 31 f. unter XV, 3. — Die dort aufgestellte Behauptung, daß zur Wirksamkeit des Teilungsverbots eine Eintragung im Grundbuch erforderlich sei (§ 1010 Abs. I BGB.), muß wohl dahin verstanden werden, daß dies nur notwendig ist, wenn die Veräußerung eines einzelnen Grundstücks in Frage kommen könnte, also der soeben im Text behandelte Fall vorliegt; denn wird über einen Erbanteil im ganzen ver-

§ 32.

a) Die Unwirksamkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers gemäß § 2306 Abs. I BGB.

Nachdem festgestellt wurde, wie weit die Teilungsanordnung des Erblassers die Erben im allgemeinen zu binden vermag und durch welche Maßnahmen des Erblassers diese Bindungen verstärkt werden können, muß nun geprüft werden, ob besondere Fälle zu beachten sind, in denen die Verbindlichkeit der Anordnungen des Erblassers aufhört [1]). Die Untersuchungen haben sich auf die Feststellung zu beschränken, wann die Teilungsanordnung des Erblassers als solche ihre Wirksamkeit verliert, sie haben sich hingegen nicht auch auf die Frage zu beziehen, wie sich die Sachlage darstellt, wenn die rechtliche Wirkung der Teilungsanordnung des Erblassers durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, durch eine Auflage oder eine auflösende Bedingung verstärkt ist, insbesondere welche Folgerungen für diese Maßnahmen des Erblassers aus der Unwirksamkeit der Teilungsanordnung zu ziehen sind.

Hier ist in erster Linie auf § 2306 Abs. I Satz 1 BGB. einzugehen. Es fragt sich, wann die Teilungsanordnung des Erblassers nach dieser Gesetzesvorschrift in Fortfall kommt. Voraussetzungen für das Eintreten dieser Rechtswirkung sind: daß ein Pflichtteilsberechtigter zum Erben eingesetzt ist und daß der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt.

Bei der Prüfung, ob die letztgenannte Voraussetzung gegeben ist, scheint sich eine Schwierigkeit daraus zu ergeben, daß § 2303 BGB. von dem W e r t der Hälfte des gesetzlichen Erbteils, § 2306 BGB. dagegen schlechthin von der Hälfte des gesetzlichen Erbteils,

---

fügt, so ist das Teilungsverbot ebenso wie die ganze Teilungsanordnung des Erblassers auch für den Sondernachfolger verbindlich; es ist kein Grund ersichtlich, warum Grundstücke von dieser Wirkung ausgeschlossen sein sollten.

[1]) Abzusehen ist hier von den Fällen der Ungültigkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers, die durch eine Errichtung in ungenügender Form bedingt sind, weil es sich dann um eine Nichtigkeit von vornherein handelt. Vgl. hierüber auch oben S. 19 f.

also von einer Quote spricht. Es besteht jedoch tatsächlich kein innerer Widerspruch zwischen der Ausdrucksweise der beiden Paragraphen. Die Höhe des Pflichtteils bleibt sich gleich, mag man sie als Quote (die Hälfte der gesetzlichen Erbquote) oder als halben Wert des gesetzlichen Erbteils berechnen, denn in beiden Fällen bildet die gleiche Bewertung des Nachlasses die Grundlage [2]). Die Ausdrucksweise des § 2303 BGB. „die Hälfte des Wertes" ist nur dadurch bedingt, daß dem Pflichtteilsberechtigten ein Forderungsrecht auf eine Geldsumme gegeben werden soll und er nicht darauf angewiesen ist, an der Erbauseinandersetzung teilzunehmen.

Die Bedeutung und der Zweck des § 2306 Abs. I Satz 1 BGB. ist es dagegen, dem pflichtteilsberechtigten Erben die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils unbelastet zu sichern, d. h. für den speziellen Fall der Teilungsanordnung des Erblassers, die ihn schuldrechtlich verpflichtet, sich an der Erbauseinandersetzung in bestimmter Weise zu beteiligen, ihn von dieser Bindung zu befreien, die zwar nicht den Wert dessen, was er bei der Erbauseinandersetzung erlangen würde, minderte, jedoch seinen Anspruch entwertet, weil er, solange die Teilungsanordnung des Erblassers als wirksam bestehen bleibt, nur gemäß den vom Erblasser in dieser aufgestellten Vorschriften geltend gemacht werden könnte. Sind dem Erben und zugleich Pflichtteilsberechtigten also z. B. bestimmte Nachlaßgegenstände in den Teilungsvorschriften des Erblassers zugewiesen oder enthält die Teilungsanordnung ein Teilungsverbot, so soll er nicht verpflichtet sein, diese Gegenstände zu übernehmen oder den Anspruch auf Aufhebung der Erbengemeinschaft nicht geltend zu machen [3]).

Alle Untersuchungen, die die Anwendbarkeit des § 2306 Abs. I Satz 1 BGB. davon abhängen lassen wollen, ob die Teilungsanordnung des Erblassers eine Verkürzung des Pflichtteils bedeute [4]), etwa dadurch, daß die Höhe desselben der Höhe der Erbeinsetzung

---

[2]) Vgl. auch Pringsheim S. 359 f.

[3]) Vgl. auch Planck-Greiff Bem. 3 zu § 2306 BGB.; RGRKomm. Bem. 2 u. 3 zu § 2306 BGB.; Kretzschmar S. 675 f.; Wertheim S. 59 ff.

[4]) Vgl. Staudinger-Herzfelder Bem. 1 Abs. 6 zu § 2048 BGB. und Bem. 4 zu § 2044 BGB.; Leonhard Bem. II A 1 zu § 2306 BGB.; Marcuse S. 63; Kreß S. 207.

entspricht, jedoch durch Überbewertung der zugewiesenen Nachlaßgegenstände der Wert unterschritten werde, gehen daher fehl. Sie sind nur von Bedeutung für die Frage, ob der betreffende Pflichtteilsberechtigte noch eine Ergänzung seines Anteils verlangen kann (§ 2305 BGB.). Die Anstellung solcher Überlegungen erübrigt sich. Die Vertreter dieser Ansicht übersehen, daß auch ohne das Vorliegen solcher Tatsachen jede Teilungsanordnung des Erblassers allein durch ihr Vorhandensein eine Beschränkung für die Pflichtteilsberechtigten bedeutet und bereits diese Tatsache ihre Unwirksamkeit nach § 2306 Abs. I Satz 1 herbeiführt: ist eine Teilungsanordnung vorhanden, so sind die Erben schuldrechtlich untereinander verpflichtet, diese zu befolgen [5]); hat der Erblasser keine Vorschriften über die Erbauseinandersetzung gegeben, sind sie von den ihnen dort gemachten Bestimmungen frei, können also die Erbschaftsteilung nach eigenem Belieben, d. h. auf Grund der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarungen vornehmen.

Nicht hier in Betracht zu ziehen ist der Fall, daß die Erben gemeinsam beschließen, die Teilungsanordnung des Erblassers nicht aus- und durchzuführen oder sie abzuändern, weil dann keine Beschränkung mehr vorhanden ist, was einem Fortfall der Teilungsanordnung nach § 2306 Abs. I Satz 1 BGB. gleichkommt. Zu prüfen wäre für den Einzelfall nur, ob einer derartigen Abmachung der Erben überhaupt eine Bedeutung zukommt; dies ist dann zu verneinen, wenn die Voraussetzungen für die Unwirksamkeit einer Teilungsanordnung gemäß § 2306 Abs. I Satz 1 BGB. gegeben sind, weil diese dann bereits ipso iure in Wegfall gekommen ist und somit der Gegenstand, auf den sich die Abmachung der Erben bezieht, nicht mehr vorhanden ist.

Der Fall des § 2306 Abs. I Satz 1 BGB., in dem die Beschränkung und Beschwerung der Erben durch die Teilungsanordnung des Erblassers von selbst in Fortfall kommt, wird ergänzt durch die Bestimmungen des § 2306 Abs. I Satz 2 BGB. Für den Fall, daß der hinterlassene Erbteil größer als der Pflichtteil ist, hat der Erbe die Wahl, den Erbteil auszuschlagen und sich dadurch von den Beschränkungen, die ihm die Teilungsanordnung des Erblassers auferlegt, zu befreien oder den Erbteil anzunehmen und

---

[5]) Vgl. auch Berolzheimer Sp. 360 und oben S. 47.

sich den auf ihm ruhenden Beschränkungen zu unterwerfen. Entscheidet sich der Pflichtteilsberechtigte für letzteres, muß er allerdings mit der Möglichkeit rechnen, daß das ihm tatsächlich Zufallende nicht die Höhe des ihm gebührenden Pflichtteils erreicht.

Wenn das Gesetz in § 2306 Abs. I Satz 1 BGB. sagt: „so gilt die Beschränkung oder Beschwerung als nicht angeordnet", so ist dadurch deutlich ausgedrückt, daß der Wegfall der Teilungsanordnung des Erblassers ipso iure eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob den pflichtteilsberechtigten Erben überhaupt etwas an dem Vorteil gelegen ist. Mag auch Wolff [6]) diese Rechtsfolge für bedauerlich ansehen, weil es dadurch den Erben unmöglich gemacht wird, den Willen des Erblassers zu respektieren, so scheitert doch jeder Versuch, diese Folgen zu umgehen, an dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes. Der herrschenden Lehre ist also darin beizupflichten, daß nach der gesetzlichen Vorschrift die Teilungsanordnung des Erblassers in ihrer Gesamtheit als nicht getroffen anzusehen ist [7]).

Die kraft Gesetzes eintretende Unwirksamkeit der Teilungsanordnung des Erblassers entspricht in ihren Folgen weder der Regelung des gemeinen Rechts noch der des preußischen Allgemeinen Landrechts [8]). Nach dem gemeinen Recht war die dispositio gravamem introducens [9]) wohl unwirksam, aber einer freiwilligen Übernahme der durch den Erblasser getroffenen Bestimmungen durch die Erben stand nichts im Wege [10]), so daß dadurch die einseitige, starre Rechtsfolge des geltenden Rechts vermieden wurde. Die Erfüllung konnte vom Erblasser auch dadurch erreicht werden, daß die Zuwendung eines Mehrwertes von der Befolgung seiner Vorschriften abhängig gemacht wurde (cautela Socini) [11]). Im preußischen Privatrecht hatte die Beschränkung sogar Rechtsgültigkeit, sie fiel also nicht weg. Es bestand aber die Möglichkeit für den Erben, daß er durch Urteil, das von seinem Betreiben abhing, gemäß §§ 432, 433 II 2 ALR. die Beschränkung aufheben ließ.

---

[6]) S. 262.

[7]) Vgl. Planck-Greiff Bem. 2 a zu § 2306 BGB.; RGRKomm. Bem. 3 zu § 2306 BGB.; Kretzschmar S. 675. — RG. in JW. 1911 S. 370 Nr. 30.

[8]) Über das Verbot der Verletzung des Pflichtteils vgl. oben S. 11 und S. 16.

[9]) Cod. Just. 3, 28, 32.

[10]) Vgl. Koeppen S. 639.

[11]) Vgl. auch Boehm Anm. I zu S. 431.

b) Fälle der Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen einer Teilungsanordnung des Erblassers.

1. Enthält eine Teilungsanordnung des Erblassers Bestimmungen über die Zuweisung von Nachlaßgegenständen an die einzelnen Erben, so sind diese Anordnungen dann wirkungslos, wenn das Zugeteilte nicht zum Nachlaß des Erblassers gehört und der Bedachte beim Erwerb des betreffenden Gegenstandes diesen Umstand kennt (§ 892 BGB.; vorausgesetzt sei, daß die Eintragung im Grundbuch zugunsten des Erblassers lautet) bzw. bei Mobilien auch, wenn er ihn grobfahrlässig nicht kennt (§§ 932—934 BGB.). Handelt es sich um Mobilien, die abhanden gekommen sind, ist nach § 935 BGB. außer in den Fällen des § 935 Abs. II BGB. überhaupt kein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten möglich. Eine Übereignung durch die Übertragung der betreffenden Sache von der Erbengemeinschaft auf den einzelnen Erben kann daher nicht zustande kommen. Die Bestimmungen einer Teilungsanordnung des Erblassers, die sich mit diesen nicht zum Nachlaß gehörenden Gegenständen befassen, sind deshalb stets bedeutungslos [12]).

2. Als Begrenzung für die Wirksamkeit eines Teilungsverbots gemäß § 2044 BGB. sind die §§ 749 Abs. II u. III, 750, 751, 1010 Abs. I BGB. und § 16 KO. zu nennen. Auf ihre Bedeutung ist schon an anderer Stelle eingegangen worden [13]), es genügt daher in diesem Zusammenhang auf sie als Fälle der Unverbindlichkeit des Teilungsverbots hinzuweisen.

3. § 137 BGB. kommt als Beschränkung der Wirksamkeit eines Teilungsverbots des Erblassers gemäß § 2044 BGB. nicht in Betracht. Die Bestimmung, daß die Erbauseinandersetzung nicht vorzunehmen sei, enthält kein Verfügungsverbot [14]), sie will viel-

---

[12]) Vgl. insbesondere Berolzheimer, Zuteilung S. 406 ff., auch über die Frage, was der Erbe an Stelle des ihm ursprünglich Zugewiesenen und nun nicht Zuteilbaren verlangen kann. Ein Eingehen hierauf würde über das Thema dieser Arbeit hinausgehen. — Vgl. ferner auch Kohler, ArchZivPrax. Bd. 91 S. 334 und für das gemeine Recht besonders Glück S. 107 ff.

[13]) Vgl. oben S. 48 ff.; ferner Peiser S. 32 unter XV, 4 und für § 16 KO. noch Mentzel Bem. 3 zu § 16 KO.; Jaeger Bem. 12 zu § 16 KO.

[14]) Vgl. Binder S. 251; Kretzschmar, SächsArch. 1908 S. 134 unter 4 b. — OLG. 40/112; KG. in Recht 1919 Nr. 1524.

mehr nur erreichen, daß die Gemeinschaft der Miterben aufrechterhalten wird, d. h. daß der Nachlaß des Erblassers ungeteilt bleibt, aber nicht, daß die Substanz des Vermögens unverändert bleiben soll. Die Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes ist als Verwaltungsmaßnahme zu betrachten, eine solche will das Teilungsverbot des Erblassers nicht hindern. Das Recht, über die einzelnen Nachlaßgegenstände zu bestimmen, steht also nach wie vor den Erben gemeinschaftlich zu (§ 2040 BGB.). — Der Ausschluß des Verfügungsrechts kann jedoch ebenfalls vom Erblasser bestimmt werden, und zwar im Rahmen einer Teilungsanordnung, wenn das Veräußerungsverbot sich dadurch ergibt, daß der Nachlaß in natura unter die Erben zu verteilen ist. Da die Teilungsanordnung nur eine obligatorische Verpflichtung der Erben untereinander erzeugt und eine solche nach § 137 Satz 2 BGB. zulässig ist, ist ein Widerspruch zwischen dem Teilungsverbot des Erblassers einerseits und § 137 BGB. andererseits wiederum nicht gegeben.

4. Hat der Erblasser in seiner Teilungsanordnung ein Schiedsgericht eingesetzt, vor dem die etwa bei der Erbauseinandersetzung entstehenden Streitigkeiten auszutragen sind, ist diese Bestimmung hinfällig, wenn ein Grund zur Ablehnung der vom Erblasser genannten Personen besteht. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen des Prozeßrechts, hier insbesondere nach § 1032 ZPO. in Verb. mit § 42 ZPO. Die Ablehnung eines Schiedsrichters dürfte stets dann gerechtfertigt sein, wenn dieser Miterbe ist, also als Richter in eigener Sache urteilen würde [15]).

5. Es ist noch der Fall zu betrachten, daß der vom Erblasser gemäß § 2048 Satz 2 BGB. in der Teilungsanordnung ernannte „Dritte" sich weigert, die Anordnungen für die Erbauseinandersetzung zu treffen. Die Bestimmung des Erblassers, zu deren Befolgung die Erben untereinander verpflichtet sind, fällt dann fort, denn es ist nicht möglich, einen Zwang auf den „Dritten" dahingehend auszuüben, daß er die Vorschriften für die Erbschaftsteilung aufstellen muß (§ 888 ZPO.). Die fragliche Bestimmung der Teilungsanordnung hat durch die Weigerung des zur Aufstellung der Teilungsvorschriften Berufenen ihren Sinn verloren; die Erbauseinandersetzung hat ebenso stattzufinden, wie wenn der Erblasser die Ernennung des „Dritten" nicht vorgenommen hätte.

[15]) Vgl. auch oben S. 30.

Nicht richtig ist es, zu sagen, daß bei Fortfall der Teilungsanordnung, soweit sie sich mit der Ernennung des „Dritten" befaßt, die Regelung der Erbauseinandersetzung nunmehr durch Urteil zu erfolgen habe ebenso wie bei Unbilligkeit der von dem „Dritten" getroffenen Anordnungen [16]). Dieser Weg ist nur vorgesehen, um den durch die Vorschriften des „Dritten" Benachteiligten Schutz zu gewähren, wenn die Bevorzugten auf der Aus- und Durchführung der Anordnungen bestehen, also von ihrem Recht, die Befolgung der Teilungsanordnung des Erblassers und hiermit gleichzeitig die Beachtung der von dem „Dritten" gegebenen Vorschriften zu verlangen, Gebrauch machen. Sind aber Bestimmungen des „Dritten" nicht vorhanden, verliert diese Gesetzesvorschrift ihren Sinn, und es muß angenommen werden, daß die Erbauseinandersetzung nach den allgemeinen Grundsätzen durchzuführen ist. — § 319 Abs. I Satz 2 und Abs. III BGB. ist nicht heranzuziehen, weil ein Hinweis auf diesen Paragraphen in den hier in Frage kommenden erbrechtlichen Bestimmungen nicht vorhanden ist. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum dies geschehen sollte, denn im Bürgerlichen Gesetzbuch hat eine durchaus ausreichende Regelung der Erbauseinandersetzung stattgefunden, nach der die Teilung des Nachlasses auch ohne zwangsweises Eingreifen des Gerichts durchgeführt werden kann. Dieses hat nur auf Antrag der Erben gemäß §§ 86 ff. FGG. tätig zu werden [17]).

Sind aus den im vorstehenden genannten Gründen einzelne Bestimmungen einer Teilungsanordnung des Erblassers unwirksam, enthält die Teilungsanordnung aber neben diesen noch andere Vorschriften für die Erbauseinandersetzung, so bleiben letztere ungeachtet des Fortfalls der anderen bestehen, denn die Gründe der Unwirksamkeit erfassen nur diese bestimmten Anordnungen und haben keinen Einfluß auf die Teilungsanordnung des Erblassers in ihrer Gesamtheit, es sei denn, daß ein Fall des § 2085 BGB. vorliegt, also anzunehmen ist, daß der Erblasser die übrigen Bestimmungen nicht ohne die unwirksamen getroffen haben

---

[16]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Wilke-Reatz-Koffka-Neumann Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Strohal Bd. II Anm. 13 zu § 65.

[17]) Vgl. auch Staudinger-Herzfelder Bem. 2 Abs. 4 zu § 2048 BGB.; Leonhard Bem. III zu § 2048 BGB.; Dernburg, BGB. Anm. 3 zu § 179; Kreß Anm. 19 zu § 23 S. 261 f.

würde [18]). — Die Anwendbarkeit des § 139 BGB. braucht nicht untersucht zu werden, weil es sich bei den in Fortfall kommenden Vorschriften des Erblassers nicht um von vornherein nichtige Anordnungen handelt, sondern um Bestimmungen, die durch das Hinzutreten von außerhalb der Teilungsanordnung des Erblassers selbst liegenden Umständen ihre Wirksamkeit verlieren.

II. Abschnitt.

§ 33.

Untersuchung der Frage, ob die Zuweisungen von Nachlaßsachen in einer Teilungsanordnung des Erblassers dingliche oder obligatorische Wirkung haben.

Es ist nunmehr die zweite unter den Oberbegriff der rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers fallende Frage zu behandeln: Wirken die Anordnungen des Erblassers, die Zuweisungen von Nachlaßsachen an die einzelnen Erben zum Inhalt haben, dinglich oder obligatorisch, d. h. wird bereits durch die Zuteilung der Gegenstände in der Teilungsanordnung Eigentum der einzelnen Erben im Augenblick des Erbfalls begründet, oder entsteht lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf die Übereignung? Zur Beantwortung dieser Frage ist auf Folgendes einzugehen:

Nach § 1922 Abs. I BGB. „geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über". Diese Gesetzesvorschrift hat die Bedeutung, daß der oder die Erben Gesamtnachfolger des Verstorbenen werden und dessen Rechte, soweit sie übertragbar sind, auf sie übergehen; zu diesen gehört auch das Eigentum [1]). Sind nun mehrere Erben vorhanden — dieser Fall allein kommt hier in Betracht —, so gehen das Eigentum und alle sonst in Frage kommenden Rechte, soweit sie dem Erblasser zustanden, auf sie gemeinsam über, d. h. sie werden betreffs des Nachlasses Gemeinschafter zur gesamten Hand (§ 2033 BGB.). Für den einzelnen Erben bestehen noch keine Rechte an

[18]) Vgl. auch Berolzheimer, Zuteilung S. 412.

[1]) Vgl. Wolff in Enneccerus Bd. III § 60 I S. 178 und § 65 I, 2 S. 195.

bestimmten Nachlaßstücken, vielmehr ist jeder von ihnen nur anteilsmäßig, entsprechend dem auf ihn entfallenden Erbteil, an dem gesamten Nachlaß berechtigt. Um Einzelrechte zu begründen, ist die Erbauseinandersetzung notwendig, bei der die Nachlaßgegenstände auf die Erben übertragen werden [2]). Dies der Regelfall. Ob bei dem Vorhandensein einer Teilungsanordnung des Erblassers, die sich mit der Verteilung des Nachlasses unter die Erben befaßt, eine Ausnahme dahin besteht, daß das Eigentum an den einzelnen Sachen bereits auf Grund der Zuweisungen im Augenblick des Erbfalls und durch diesen auf die Bedachten übergeht, ist zu untersuchen.

Das gemeine Recht kannte bei der Beerbung ebensowenig wie das Bürgerliche Gesetzbuch einen Übergang der res singularis, sondern nur die Universalsukzession [3]). Wurde der Erblasser von mehreren Personen beerbt, so kam zwischen diesen eine communio zur Entstehung, die teilweise der Bruchteils-, teilweise der Gesamthandsgemeinschaft des geltenden Rechts entspricht; es entstand also niemals Alleineigentum eines Erben an einem Nachlaßgegenstand [4]). Es ist nicht zu ersehen, daß bei dem Vorliegen einer divisio bonorum von dieser Regel abgewichen wurde [5]), und dieses hätte auch nicht der Auffassung des Instituts entsprochen: die divisio bonorum bestimmte lediglich die Teilungsform [6]), änderte also nichts an den allgemeinen Grundsätzen des Erbschaftsübergangs. Ebenso im preußischen Privatrecht [7]). Es trat nicht an Stelle des Gemeinschaftseigentums unmittelbar das Alleineigentum, vielmehr mußte dieses erst erworben werden. Bestritten war

[2]) Vgl. Wolff in Enneccerus Bd. III § 88 II S. 302 f.

[3]) Vgl. Koeppen § 32 S. 202 ff. und § 36 S. 221 f.

[4]) Abzusehen ist hier von dem Fall, daß die Eltern schon zu ihren Lebzeiten ihr Vermögen oder einen Teil desselben den Kindern übereigneten. Eine hierüber ausgestellte Urkunde, die in der Literatur vielfach ebenfalls als divisio bonorum bezeichnet wurde, hat rechtlich nichts mit einer solchen zu tun, weil es sich um ein Geschäft unter Lebenden und nicht um ein Geschäft von Todes wegen handelt. Vgl. hierzu insbesondere Pfeiffer S. 108 ff., auch Frankenfeld § 9 S. 19 f.

[5]) Vgl. auch Wening-Ingenheim-Fritz § 511 S. 374 f.; ferner Strykius Cap. X § 13 S. 404; bei letzterem ergibt sich als argumentum e contrario das gleiche Ergebnis.

[6]) Vgl. Koeppen § 71 S. 451.

[7]) Vgl. insbesondere Schultzenstein § 22 S. 123 f.

hier lediglich, in welcher Weise die Eigentumsübertragung zu erfolgen hatte, ob bereits die Entsagung der übrigen Miteigentümer zugunsten eines Miterben ausreichte, oder ob eine formelle Übereignung vor sich zu gehen hatte [8]). Die Entscheidung dieser Frage ist nur von Bedeutung für die Erbteilung auf Grund einer Vereinbarung der Erben untereinander, weil dann eventuell der Übereinkunft für die Auseinandersetzung dingliche Wirkung beizulegen wäre; sie bleibt jedoch ohne Einfluß auf die rechtliche Beurteilung der Teilungsanordnung des Erblassers, weil bei dieser Willenserklärungen der Erben keine Rolle spielen. Die Entscheidung der Frage kann somit dahingestellt bleiben.

Bei den Beratungen für das Bürgerliche Gesetzbuch wurde der Antrag gestellt, dem Erblasser die Macht zu geben, den Nachlaß mit dinglicher Wirkung unter die Erben zu verteilen, jedoch abgelehnt [9]), und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil der Eigentumsübergang nach außen, zugunsten des Verkehrsschutzes, erkennbar gemacht werden müsse, also das Traditionsprinzip zu wahren sei [10]). Diese Entscheidung des Gesetzgebers muß als richtig angesehen werden, denn es besteht kein hinreichender Anlaß zu der Befürchtung, daß dem Erben aus einer derartigen Regelung ein Nachteil entstehen könnte, der eine von dem allgemeinen Grundsatz abweichende Ordnung erforderte; eine Erhöhung der Gefahr, daß der zugewiesene Gegenstand durch anderweitige Verfügung dem mit ihm bedachten Erben verloren gehe, ist nicht vorhanden, weil eine solche Verfügung nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden kann (§ 2040 Abs. I BGB.). Verfügt aber dieser Bestimmung zuwider einer der Miterben, als wäre er allein berechtigt, so ist ein Eigentumserwerb auch durch einen gutgläubigen Dritten nicht möglich, weil regelmäßig dann die Sache als den Miterben abhanden gekommen (§ 935 BGB.) zu gelten haben wird [11]).

Aus dem Gesetz selbst ergibt sich nicht, daß der Zuweisung eines Nachlaßgegenstandes an einen Erben innerhalb einer Tei-

---

[8]) Vgl. Förster-Eccius § 273 S. 579 f.; Dernburg, Pr.PrR. Bd. I § 224, 4 S. 539 und Bd. III § 246, 2 S. 727.

[9]) Prot. V S. 885; vgl. auch Mot. V S. 688.

[10]) Vgl. Prot. V S. 885 in Verb. mit Prot. V S. 204 ff.

[11]) Vgl. Kipp in Enneccerus Bd. V § 82 VI, 4.

lungsanordnung des Erblassers dingliche Wirkung zukommt. Es ist nur aus dem Fehlen einer Vorschrift darüber und aus der allgemeinen Einstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß bei der Miterbengemeinschaft ein Alleineigentum des einzelnen Erben stets erst begründet werden muß, zu entnehmen, daß keine abweichende Regelung vorliegt. Es bedarf also zur Erlangung des Eigentums an einem Nachlaßgegenstand der Einigung und Übergabe oder deren Surrogate bei beweglichen Sachen (§§ 929—931 BGB.) oder der Auflassung und Eintragung bei Immobilien (§ 873 BGB.). Zur Vornahme dieser Handlungen sind die Erben untereinander durch die Teilungsanordnung des Erblassers schuldrechtlich verpflichtet [12]). Die Richtigkeit dieser Lehre wird durch § 2049 Abs. I BGB. bestätigt, der für den Fall, daß einem Erben ein Landgut zugeteilt ist, von dem Recht, es zu „übernehmen" spricht. Dies ist auch die Ansicht der Literatur und der Rechtsprechung [13]). Wie die Eigentumsübertragung tatsächlich vonstatten zu gehen hat, gehört nicht mehr zu dem hier zu behandelnden Thema.

Die Äußerungen Kohlers [14]): die Teilungsanordnung des Erblassers „ist eine Verfügung, welche das Miteigentum in bestimmter Weise d i n g l i c h gestaltet" und: der Anspruch der Erben auf Übereignung des zugewiesenen Nachlaßgegenstandes „ist nicht

---

[12]) Vgl. oben S. 47.

[13]) Vgl. RGRKomm. Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Neumann Bem. 5 zu § 2048 BGB.; Kipp in Enneccerus Bd. V § 85 IV; Dernburg, BGB. S. 522; Peiser S. 30 unter XIV, 3 a; Endemann § 138 d 1; Kreß S. 206; Berolzheimer, Zuteilung S. 404; Stedler S. 56 ff.; Wertheim S. 38 f. (Der Beweisführung von Wertheim kann allerdings insoweit nicht zugestimmt werden, als dort gesagt wird: „Hätte nun eine Teilungsanordnung bereits dingliche Wirkung, so wäre § 2204 BGB. ganz überflüssig, dann brauchte doch der Testamentsvollstrecker die Anordnungen des Erblassers gar nicht noch durchzuführen. Die Teilungsanordnung kann also keine dingliche Wirkung haben." Diese Begründung ist deshalb unrichtig, weil selbst für den Fall, daß die Zuweisungen von Nachlaßgegenständen dingliche Wirkung hätten, noch genug Anordnungen des Erblassers dem Testamentsvollstrecker zur Ausführung blieben, weil ja eine Teilungsanordnung des Erblassers außer der Verteilung des Nachlasses viele andere Bestimmungen enthalten kann. (Vgl. auch oben S. 20 ff.)) — RG. in Warn. 1908 Nr. 326; KG. 22 A S. 301; KG. 28 A S. 196 f.; OLG. 4/435; 9/337; BayrOLG. 2/535; 18 A S. 227 = LZ. 1918 Sp. 287; OLG. Colmar in OLG. 9/398 = Recht 1904 Nr. 2386.

[14]) ArchZivPrax. Bd. 91 S. 311 f. und S. 365.

obligationsrechtlich, sondern dinglich“ sind m. E. nicht dahin zu verstehen, daß Kohler anderer Ansicht als die herrschende Meinung ist. Das Wort „dinglich“ ist an diesen Stellen nicht im gesetzestechnischen Sinne gebraucht [15]), vielmehr soll es nur heißen: in dem Miteigentum ist bereits das Lösungsbestreben, in bestimmter Weise geteilt zu werden, enthalten; der Anspruch ist bereits auf einen bestimmten Gegenstand konzentriert. Daß es Kohler fern liegt, den direkten Eigentumsübergang zu behaupten, ergibt sich deutlich aus einer anderen Stelle des genannten Aufsatzes [16]), wo er sagt: „Die divisio des Erblassers hat nicht die Bedeutung, daß der Erbe sofort Eigentümer der ihm zugewiesenen Sache würde; er wird Miterbe, aber mit dem Rechte, daß auf die bezeichnete Weise abgeteilt werden solle“, und desgleichen aus dem gesamten Inhalt seiner Ausführungen [17]).

Die Behauptung, das Eigentum an einzelnen Nachlaßgegenständen gehe unmittelbar durch die Zuweisung in der Teilungsanordnung des Erblassers auf den Erben über, ist nur einmal, und zwar in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar, vertreten worden [18]). Die dort angegebene Begründung, daß das Eigentum auf Grund der §§ 1922, 1942 BGB. kraft Gesetzes auf die Erben übergehe, übersieht, daß diese Gesetzesvorschriften nur von der Gesamtnachfolge handeln, also ein Wechsel des Eigentümers ohne Übertragung nur für den Nachlaß als Ganzes möglich ist; für den Fall mehrerer Erben heißt das, daß die Erbengemeinschaft Eigentümerin wird, und dies ist nicht gleichbedeutend mit dem Alleineigentum einzelner Erben. Das Oberlandesgericht Colmar hat seinen Standpunkt auch in späterer Zeit nicht aufrechterhalten, sondern sich der herrschenden Meinung angeschlossen [19]).

---

[15]) Dieser Ansicht ist auch Wertheim S. 38 Anm. 2.

[16]) ArchZivPrax. Bd. 91 S. 330.

[17]) Das angeführte Zitat bezieht sich zwar auf das gemeine Recht, es bestehen aber keine Bedenken, es bei der völligen Übereinstimmung der Regelung dieser Frage in beiden Rechten hier zu verwerten.

[18]) OLG. Colmar in ZBlFG. Bd. IV S. 503 f.

[19]) OLG. Colmar in OLG. 9/398 = Recht 1904 Nr. 2386.

Dritter Teil.

Die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers.

§ 34.

Allgemeines über die Möglichkeiten der Feststellung der rechtlichen Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers.

Wenn nunmehr die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers untersucht werden soll, so ist in erster Linie von dem Gesetz selbst auszugehen und zu prüfen, ob die in ihm enthaltenen Vorschriften einen Anhaltspunkt geben.

Im allgemeinen arbeitet das Gesetz in der Weise, daß eine bestimmte Folge von rechtlichen Wirkungen und Wechselwirkungen unter einen Begriff zusammengefaßt und weiterhin die rechtliche Behandlung dieses Begriffes und seiner Wirkungen näher ausgeführt und festgelegt wird; so z. B. das Institut des Vermächtnisses: § 1939 BGB. prägt den Begriff, die §§ 2147 ff. BGB. befassen sich mit den Auswirkungen und der ihnen zustehenden Beurteilung; ebenso bei der Auflage (§ 1940 BGB. bzw. §§ 2192 ff. BGB.); um noch einen nicht dem Erbrecht angehörenden Begriff zu nennen, sei der Kaufvertrag erwähnt, dessen Definition in § 433 BGB. festgelegt ist, während die folgenden Paragraphen die näheren Bestimmungen hierzu geben. — Eine solche ausführliche Behandlung hat die Teilungsanordnung des Erblassers im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erfahren, wie sich schon bei den vorstehenden Erörterungen gezeigt hat: Die Eigenschaften einer Teilungsanordnung konnten nicht aus besonderen, sich mit ihnen beschäftigenden Gesetzesbestimmungen entnommen werden, sondern mußten aus dem Gesetz im allgemeinen und den ihm zugrunde

liegenden Gedanken, oder aus den Materialien des Gesetzgebers, der Entstehungsgeschichte des Instituts, dem Schrifttum und der Rechtsprechung abgeleitet werden. Ebenso verhält es sich bei der Frage nach der rechtlichen Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers. § 2048 Satz 1 BGB. spricht die Zulässigkeit von Anordnungen des Erblassers für die Erbauseinandersetzung aus. § 2048 Satz 2 BGB. nennt eine bestimmte Vorschrift (die Ernennung eines „Dritten"), die der Erblasser in diesem Rahmen treffen kann. § 2049 BGB. gibt eine Auslegungsregel wiederum für eine Sonderbestimmung, die der Erblasser möglicherweise aufgestellt haben kann. § 2306 BGB. gibt einen Fall an, bei dessen Vorliegen die Teilungsanordnung in Fortfall kommt; letztlich bestimmt § 2376 BGB., daß ein Erbschaftsverkäufer dem Käufer zu gewährleisten hat, daß der von ihm erworbene Erbteil nicht mit einer Teilungsanordnung belastet ist. Hiermit sind bereits diejenigen Gesetzesstellen erschöpfend aufgezählt, die erkennbar von einer Teilungsanordnung des Erblassers handeln. Daß noch andere Bestimmungen des Erblassers (ebenfalls im Gesetz enthaltene, wie § 2044 BGB.) unter die Generalklausel der „Anordnungen für die Auseinandersetzung" fallen, und welche hierhin zu rechnen sind, konnte nur auf Grund näherer Betrachtung dieser Bestimmungen erkannt werden; das gleiche gilt für die rechtlichen Wirkungen der von einem Erblasser getroffenen Auseinandersetzungsvorschriften. Das einzige Merkmal einer Teilungsanordnung des Erblassers, das noch weiterhin aus dem Gesetz selbst zu entnehmen ist, ist die Form, in der sie niedergelegt sein muß: § 2048 Satz 1 BGB. spricht von der Errichtung durch eine „letztwillige Verfügung". Aber auch dieser Hinweis reicht nicht aus, um die Feststellung der rechtlichen Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers zu ermöglichen, weil eine „letztwillige Verfügung" Bestimmungen der mannigfaltigsten Art enthalten kann. Eine Zusammenfassung und rechtliche Charakterisierung der unter den Begriff einer „Teilungsanordnung des Erblassers" — dieser Name ist dem § 2306 BGB. (ebenso auch § 2376 BGB.) entnommen und wird im Schrifttum und der Rechtsprechung allgemein gebraucht — fallenden Erscheinungen ist also im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erfolgt. Es muß daher jetzt geprüft werden, wie dieser Inbegriff rechtlicher Wirkungen und Gegenwirkungen, den wir wohl fast in jeder Verfügung von Todes wegen

eines Erblassers in mehr oder minder ausgedehnter Form finden, der zur Kennzeichnung und Unterscheidung von anderen Rechtsbegriffen den Namen „Teilungsanordnung“ erhalten hat, rechtlich zu erfassen und zu charakterisieren ist. Für die Ausführung dieser Aufgabe muß zunächst versucht werden, ob sich die Teilungsanordnung des Erblassers einem bekannten, im Gesetz erwähnten Rechtsinstitut gleich- oder unterstellen läßt. Erst wenn dieser Weg versagt, darf die Feststellung getroffen werden, daß es sich um ein Institut sui generis handelt, das dann näher zu bestimmen ist.

§ 35.

Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers unter einen dem Erbrecht bekannten Begriff einzuordnen. (Besteht die Möglichkeit der Kennzeichnung als Auflage oder als Vermächtnis, und zwar als Vorausvermächtnis?)

Für die Angleichung der Teilungsanordnung des Erblassers an bekannte Rechtsinstitute zum Zwecke der Bestimmung ihrer rechtlichen Natur kommen nur die Auflage und das Vermächtnis, und zwar das Vorausvermächtnis (weil es sich bei der Teilungsanordnung ausschließlich um Erben handelt) in Frage.

Wenn man zunächst von einer formellen Betrachtung ausgehen will und den Wortlaut des § 2048 Satz 1 BGB. ins Auge faßt, so ist zu beachten, daß dort gesagt ist: „Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen.“ Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet nun letztwillige Verfügungen und Verfügungen von Todes wegen, und zwar fällt unter den letzteren Begriff sowohl eine einseitige wie auch eine zweiseitige Bestimmung des Erblassers, während nur eine einseitige Bestimmung als letztwillige Verfügung (Testament) bezeichnet wird (§ 1937 BGB.). Dieser Tatsache widerspricht es nicht, daß die in einem Testament möglichen Bestimmungen eines Erblassers auch als einseitige Verfügungen in äußerem Zusammenhang mit einem Erbvertrag niedergelegt werden können (§ 2299 BGB.), denn hierdurch wird ihre Eigenart als einseitige Verfügungen von Todes wegen nicht beeinträchtigt. Da nun nach § 1941 in Verb. mit § 2278 Abs. II BGB. in einem Erbvertrage nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, einschließlich der Vorausvermächt-

nisse, und Auflagen enthalten sein dürfen, ferner die Begriffe „letztwillige Verfügung“ und „Verfügung von Todes wegen“ im Bürgerlichen Gesetzbuch stets im technischen Sinne angewandt sind, muß daraus, daß § 2048 Satz 1 BGB. die letztwillige Verfügung als Form für die Teilungsanordnung des Erblassers angibt, geschlossen werden, daß eine Teilungsanordnung ihrer rechtlichen Natur nach weder eine Auflage noch ein Vermächtnis oder Vorausvermächtnis ist. Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, daß die Teilungsanordnung, wenn sie unter einen der genannten Begriffe fiele, davon ausgeschlossen sein sollte, auch mit vertraglicher Wirkung getroffen werden zu können [1]).

Auf Grund einer entsprechenden Überlegung sagt Buchholtz [2]) für das gemeine Recht, daß die divisio bonorum kein Legat sein könne, weil ein solches nur in einem Testament oder Kodizill, nicht aber in der für die divisio bonorum parentum inter liberos zulässigen Form des schriftlichen Aufsatzes errichtet werden durfte [3]).

Die hier erörterten formalen Bedenken gegen die Annahme, die Teilungsanordnung könne vielleicht als Auflage oder als Vermächtnis (Vorausvermächtnis) gekennzeichnet werden, reichen nicht aus, um auf sie allein eine Ablehnung dieser Möglichkeit, die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers zu bestimmen, zu stützen; es muß deshalb im folgenden noch die materielle Seite der Frage geprüft werden.

Der wichtigste und ausschlaggebende materielle Grund, an dem der Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers als Auflage oder Vermächtnis (und zwar Vorausvermächtnis) zu charakterisieren, endgültig scheitert, muß darin erblickt werden, daß die rechtlichen Wirkungen der Teilungsanordnung weder mit denen einer Auflage, noch mit denen eines Vermächtnisses, ebensowenig mit denen eines Vorausvermächtnisses, das ja zunächst einmal die

---

[1]) Vgl. auch die Ausführungen oben S. 18 f.

[2]) S. 239 f.; ebenso Mühlenbruch Bd. 42 S. 240 ff.; vgl auch die Ausführungen von Wening-Ingenheim-Fritz § 456 S. 244 f. und § 482 S. 312, denen der gleiche Gedankengang zugrunde liegt. Ferner Schultzenstein S. 125 f. und die dort zitierte Literatur. Ob die von ihm angegebenen Gegengründe zutreffen, mag unerörtert bleiben, weil entsprechende Überlegungen für das geltende Recht nicht angestellt werden können und die Entscheidung der Frage von minderer Bedeutung ist.

[3]) Vgl. auch Fein Bd. 45 S. 79 f.

gleichen Grundlagen wie das allgemeine Vermächtnis erfordert, übereinstimmen: Die Teilungsanordnung des Erblassers legt Verpflichtungen auf wie eine Auflage — allerdings ist das Maß der Verbindlichkeit der beiden Verpflichtungen nicht das gleiche —, erzeugt aber darüber hinaus auch ein Recht auf eine Leistung, das dem Institut der Auflage fremd ist; die Teilungsanordnung des Erblassers bringt ein Forderungsrecht auf eine bestimmte Leistung zur Entstehung wie das Vermächtnis und das Vorausvermächtnis, begründet aber daneben Verpflichtungen, eine Eigenschaft, die dem Vermächtnis und dem Vorausvermächtnis, auch den wechselseitigen Vorausvermächtnissen, fehlt [4]).

Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch lassen keinen Zweifel darüber zu, daß die Teilungsanordnung des Erblassers weder eine Auflage noch ein Vermächtnis ist [5]).

Das Ergebnis dieser Betrachtungen ist also, daß die Teilungsanordnung des Erblassers weder durch eine Kennzeichnung als Auflage, noch durch eine solche als Vermächtnis oder Vorausvermächtnis in ihrer Gesamtheit erfaßt wird. Die Teilungsanordnung enthält Elemente b e i d e r Rechtsbegriffe — die Verpflichtung von der Auflage, das Forderungsrecht vom Vermächtnis — und wird aus diesem Grunde nicht durch einen von beiden Begriffen hinreichend charakterisiert.

Die Behauptung, daß die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers die einer Auflage oder die eines Vermächtnisses sei, ist in der Wissenschaft, soweit ich sehe, nicht aufgestellt worden, vielmehr begnügt man sich mit der Feststellung, daß die Teilungsanordnung des Erblassers keines von beiden und daher als Institut sui generis anzusehen ist; dieses wird aber nicht näher gekennzeichnet [6]). Das gleiche gilt für die Judikatur [7]).

---

[4]) Ein Vermächtnisnehmer kann zwar ebenso wie ein Erbe zu einer Leistung verpflichtet werden, dies ist aber nur im Wege der Beschwerung mit einer Auflage möglich, hat nichts mit der rechtlichen Beurteilung des Vermächtnisses zu tun und muß daher hier außer Betracht bleiben. Vgl. hierüber auch noch unten S. 96 f. — Vgl. ferner Kipp in Enneccerus Bd. V § 113 I und § 101 III und oben S. 55 ff.

[5]) Mot. V S. 688.

[6]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 1 zu § 2048 BGB.; RGRKomm. Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Leonhard Bem. I zu § 2048 BGB.; Strohal Bd. I Anm. 10 zu S. 204; Crome

§ 36.

Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers als Summe bekannter Rechtsbegriffe darzustellen und auf diesem Wege ihre rechtliche Natur zu bestimmen.

Bei den Versuchen, die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers festzustellen, tritt immer wieder die Frage in den Vordergrund, ob in der Teilungsanordnung ein Vorausvermächtnis enthalten sei, und daran anschließend die Unterfrage, ob dies immer oder nur unter bestimmten Voraussetzungen der Fall wäre.

Hierzu ist nun grundsätzlich Folgendes zu bemerken: Der vorstehenden Umschreibung der zur Erörterung stehenden Frage, die in dem Sinne nach gleicher Weise in der Literatur stets wiederkehrt, ist nicht ohne weiteres zu entnehmen, in welcher Richtung sich die Untersuchungen über das Vorhandensein eines Vorausvermächtnisses erstrecken sollen. Es müssen darum genauere Angaben hierüber gemacht werden, und dies führt zu dem Ergebnis, daß von vornherein zwei Fälle denkbar und streng voneinander zu unterscheiden sind:

1. Ist in einer Teilungsanordnung des Erblassers *inhaltlich* ein Vorausvermächtnis enthalten, d. h. werden die Erben (einer oder mehrere) durch in der Teilungsanordnung enthaltene Bestimmungen mit einem Vermögensvorteil bedacht? oder:
2. Stellt die Teilungsanordnung des Erblassers in *ihrer Gesamtheit* eine Verbindung mehrerer Vorausvermächtnisse dar, d. h. wird den Erben allein durch ihr Vorhandensein, unabhängig davon, welche Bestimmungen in ihr getroffen werden, ein Vermögensvorteil zugewendet?

Der zweite Fall wird an späterer Stelle noch ausführlich zu behandeln sein [1]). Für den ersten Fall ist zu sagen: Die Fest-

---

Anm. 115 zu § 695 und Anm. 5 zu § 711; Dernburg, BGB. § 84 I; Kohler, ArchZivPrax. Bd. 91 S. 311 und S. 334; Kreß S. 206 und Anm. 11 zu S. 206; Binder Anm. 192 zu S. 267; Kretzschmar § 39 II, 3 e; Stedler S. 52 ff.; Wertheim S. 33.

[7]) BayrOLG. 18/81; BayrOLG. in LZ. 1918 Sp. 287, 1.

[1]) Vgl. unten S. 93 ff.

stellung, daß eine Teilungsanordnung des Erblassers inhaltlich ein Vorausvermächtnis enthält, kann dazu beitragen, ihre rechtliche Natur zu bestimmen, etwa in der Art, daß sich ergibt: eine Teilungsanordnung ist eine Summe bekannter Rechtsinstitute (z. B. ein Zusammentreffen von ein oder mehreren Vorausvermächtnissen mit einer oder mehreren Auflagen), die, wenn die einzelnen Bestandteile in bestimmter [2]) inhaltlicher Abhängigkeit voneinander stehen, als ein neuer, sich aus diesen Elementen zusammensetzender Begriff — der Teilungsanordnung des Erblassers — Eingang in die Rechtsordnung gefunden hat. Eine solche Folgerung ist aber nur dann zulässig, wenn festgestellt werden kann, daß jede Teilungsanordnung des Erblassers, gleichgültig welchen Inhalt sie hat, diese Grundbegriffe in sich vereinigt und darüber hinaus ihre gesamten rechtlichen Auswirkungen durch die einzelnen Teile erfaßt werden. — Ob die Teilungsanordnung des Erblassers inhaltlich jeweils ein oder mehrere Vorausvermächtnisse als derartige Bestandteile in sich birgt, soll nunmehr geprüft werden.

Die meisten Schriftsteller [3]) beschränken sich auf die Untersuchung, ob in einer Teilungsanordnung, die sich mit Zuweisungen von Nachlaßgegenständen an die einzelnen Erben befaßt und ebenfalls Bestimmungen darüber trifft, mit welchem Wert diese Gegenstände den betreffenden Erben auf ihren Erbteil anzurechnen sind, ein Vorausvermächtnis enthalten ist. Sie sagen, daß ein Vorausvermächtnis dann vorliege, wenn der vom Erblasser festgesetzte Übernahmewert höher oder niedriger als der wahre Wert des Gegenstandes ist [4]). Im letzteren Fall soll hierin ein Voraus-

---

[2]) Die Art dieser Bedingtheit ist aus dem im zweiten Teil dieser Arbeit über die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers Gesagten zu entnehmen (vgl. oben S. 41 ff.).

[3]) Vgl. Planck-Ebbecke Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 1 zu § 2048 BGB.; Leonhard Bem. I zu § 2150 BGB.; Wilke-Reatz-Koffka-Neumann Anm. 4 zu § 2150 BGB.; Crome Anm. 146 u. 147 zu § 740; Jung S. 1165 f.; Kreß S. 206. — Vgl. auch RG. 108/84.

[4]) Die noch für das gemeine Recht umstrittene Frage, ob der Erbe den ihm in einer divisio bonorum zugeteilten Gegenstand als Praelegat, praecipuum oder in Anrechnung auf seinen Erbteil erhalte, spielt für das geltende Recht keine Rolle mehr und darf daher hier außer acht gelassen werden. Vgl. darüber aber oben S. 42 und unten S. 102.

vermächtnis für den Erben liegen, dem das Nachlaßstück zugeteilt ist, im ersteren ein solches für die übrigen Miterben. Das Vorausvermächtnis bestehe dann in der Zuwendung der Differenz zwischen dem wahren Wert und dem Anrechnungswert [5]). Es soll auch stets ein derartiges Vorausvermächtnis für den Erben vorliegen, dem ein Landgut zugeteilt ist, ohne daß der Erblasser einen Übernahmewert festgesetzt hat; dieses ergebe sich daraus, daß der nach § 2049 BGB. anzurechnende Ertragswert stets niedriger als der zu erzielende Verkaufspreis sein wird, dem Erben also dieser Unterschied zum voraus vermacht sei.

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Es ist vor allem vom praktischen und wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen unhaltbar, zu sagen, daß z. B. der Erbe, dem durch eine Teilungsanordnung des Erblassers ein Grundstück im Werte von 10 000 RM. mit einem Anrechnungsbetrag von 8000 RM. auf sein Erbteil zugewiesen worden ist, das Grundstück in Höhe von 8000 RM. als Erbteil, den restlichen Überschuß von 2000 RM. als Vorausvermächtnis erhalte. — Würde man dies als richtig unterstellen, müßte dem Erben, wenn er die Erbschaft ausschlägt, eine Vermächtnisforderung verbleiben. Eine solche Annahme ist aber nur dann zulässig, wenn der Wille des Erblassers dahin ausgelegt werden kann, daß er dem Bedachten die Begünstigung habe auf jeden Fall zuteil werden lassen wollen, was wohl kaum zutreffen dürfte, wenn es sich um eine Zuweisung auf den Erbteil handelt. Es wird sogar sehr häufig anzunehmen sein, daß dem Erblasser nicht nur die Absicht fehlte, dem Erben ein Vorausvermächtnis zuzuwenden, sondern daß er überhaupt nicht darauf bedacht war, ihm eine Begünstigung zuteil werden zu lassen, vielmehr die Ansetzung eines zu hohen oder zu niedrigen Übernahmewertes lediglich darauf zurückzuführen ist, daß die wirtschaftliche Lage zur Zeit der Errichtung der Verfügung eine andere war als im Augenblick des Erbfalls; daß der genannte Betrag wohl damals dem wahren Wert des Gegenstandes entsprach, während dies auf Grund geänderter Verhältnisse nun nicht mehr der Fall ist [6]).

---

[5]) Vgl. auch BayrOLG. 14/405 f.

[6]) Vgl. RG. in JW. 1924 S. 1970 ff., eine Entscheidung, die einen derartigen Fall behandelt und insbesondere darauf eingeht, ob eine entsprechende Erhöhung oder Herabsetzung des Anrechnungsbetrages zu

Die Lehre, die an dieser Stelle ein einfaches Vorausvermächtnis annehmen will, muß bereits an den soeben dargelegten Unstimmigkeiten scheitern. Es kommt noch hinzu, daß bei Richtigkeit der Behauptung der Erbe jederzeit einen selbständigen Anspruch gegen den Nachlaß haben müßte. Die Teilungsanordnung des Erblassers gibt jedoch den Erben kein Forderungsrecht gegen den Nachlaß, das in jedem Zeitpunkt geltend gemacht werden kann, vielmehr lediglich einen Anspruch auf die Durchführung der Teilungsanordnung des Erblassers, der nur bei der Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft oder in Verbindung mit der Erbauseinandersetzungsklage vorgebracht werden darf [7]).

Es wäre nun allerdings möglich, für die sich ergebenden Widersprüche Abhilfe zu schaffen, indem man annimmt, es handele sich um ein bedingtes Vorausvermächtnis. Dies würde zu dem Ergebnis führen, daß eine doppelte Bedingtheit vorliegt: einerseits der Erbe soll das Vermächtnis nur erhalten, wenn er die Erbschaft annimmt; andererseits das Forderungsrecht auf die Zuwendung kann nur geltend gemacht werden, wenn die Klage auf Erbauseinandersetzung erhoben wird, oder wenn die Erbauseinandersetzung selbst bereits im Gange ist. Gegen die erste Bedingung ist nichts einzuwenden (§ 2075 BGB.), ebenso nicht gegen die zweite, weil das Bürgerliche Gesetzbuch ein Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung ebenfalls zuläßt (was sich aus den §§ 2074, 2162, 2163, 2177 BGB. ergibt). Es wäre also hier noch kein Grund gegeben, die aufgestellte Behauptung nicht unter diesen Einschränkungen anzuerkennen [8]).

Wollte man aber darauf bestehen, daß bei zu niederem oder zu hohem Übernahmewert immer ein doppelt bedingtes Vorausvermächtnis gegeben sei, so käme es — abgesehen von den nur durch Kompromisse zu lösenden Widersprüchen — darauf hinaus, das Vorhandensein von Vorausvermächtnissen in einer Teilungsanordnung des Erblassers von rein wirtschaftlichen Tatsachen, einer Divergenz zwischen dem wahren Wert des einem Erben zugewiesenen Nachlaßgegenstandes und dem vom Erblasser angegebenen

---

erfolgen hat; hierfür vgl. diese und ferner Herzfelder S. 1970; Endemann, JW. 1924 S. 1970 f.

[7]) Vgl. auch oben S. 46 f.

[8]) Vgl. Wertheim S. 34 ff.

Übernahmewert, abhängen zu lassen. Dieses Ergebnis erscheint in keiner Weise geeignet, die Feststellung der rechtlichen Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers zu ermöglichen [9]).

Es ist nun behauptet worden, daß das hier auftretende Vorausvermächtnis nicht identisch mit dem in § 2150 BGB. geregelten sei, sondern ein Vorausvermächtnis besonderer Art, das im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erwähnt wird [10]). Auch dies bringt keine befriedigende Lösung. Warum sollte gerade hier eine besondere Art des Vorausvermächtnisses auftreten? Eine rechtliche Notwendigkeit zu einer solchen Zwangsbildung liegt nicht vor.

Die von Wertheim [11]) zu den vorstehenden Fragen gemachten Ausführungen gehen m. E. von falschen Voraussetzungen aus: Es steht nicht zur Erörterung, ob bei einer Teilungsanordnung des Erblassers, die Zuweisungen von Nachlaßgegenständen enthält und einen nicht der Wahrheit entsprechenden Anrechungswert vorsieht, eine Teilungsanordnung *verbunden* mit einem Vorausvermächtnis vorliegt, vielmehr die Frage, ob eine solche Teilungsanordnung ein Vorausvermächtnis *inhaltlich enthält*. Zuzustimmen ist nur dem abschließend Gesagten [12]), daß eine Teilungsanordnung des Erblassers, die einen zu hohen oder niedrigen Übernahmewert ansetzt, in ihrer Gesamtheit nicht anders behandelt werden darf als Teilungsanordnungen mit anderem Inhalt, vor allem auch als solche, die einen richtigen Anrechnungswert vorsehen.

Die Lösung aller Zweifelsfragen kann nur darin gefunden werden, daß streng zwischen der Zuweisung in einer Teilungsanordnung des Erblassers und einem dem Erben errichteten Vorausvermächtnis unterschieden wird. Das letztere liegt nur dann vor, wenn dies eindeutig aus der Verfügung des Erblassers erkennbar ist, wenn also der Bedachte auch ohne Annahme der Erbschaft die Zuwendung erhalten soll. Ist kein Grund für eine solche Auslegung

---

[9]) Vgl. auch Marcuse S. 2 ff.; Kuetgens § 3 S. 3 ff., insbes. S. 5; Nathan S. 34 f. — Warn. 1908 Nr. 326 = SeuffArch. 63 Nr. 227; OLG. in SächsArch. 1913 Nr. 58 S. 523.

[10]) Vgl. Planck-Flad Bem. 3 zu § 2150 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 1 zu § 2150 BGB.; RGRKomm. Bem. 1 zu § 2150 BGB. — Der gleichen Meinung ist wohl auch Stedler S. 55; vgl. aber auch Neumann, Jahrbuch S. 539, der diese Ansicht mit Recht ablehnt.

[11]) S. 47 ff.

[12]) Wertheim S. 51.

der Verfügung des Erblassers vorhanden, so liegt eine Teilungsanordnung vor, und nur eine solche; sie enthält zwar vielleicht eine Begünstigung für einzelne Erben, diese fällt ihnen aber nur bei der Annahme der Erbschaft zu und ließe sich nur unter den gemachten Vorbehalten als Vorausvermächtnis bezeichnen.

Selbst für den Fall, daß man trotz der geltend gemachten Bedenken das Vorhandensein von Vorausvermächtnissen in einer Teilungsanordnung des Erblassers, die den Anrechnungswert über oder unter dem wahren Wert des zugewiesenen Gegenstandes festsetzt, bejahen will, ist hiermit nur eine Feststellung für Teilungsanordnungen mit dem genannten Inhalt gemacht. Eine Auswertung dieses Ergebnisses für die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers darf aber nur dann erfolgen, wenn es gelingt, das Enthaltensein von Vorausvermächtnissen der gleichen Art, die also unter denselben zwei Bedingungen zugewandt sind, auch bei Teilungsanordnungen anderen Inhalts, und zwar bei allen in einer Teilungsanordnung möglichen Bestimmungen nachzuweisen. Dieses dürfte jedoch nicht durchführbar sein. Schon eine Teilungsanordnung, in der der Übernahmewert gleich dem wahren Wert des Gegenstandes angegeben ist, bietet Schwierigkeiten. Hier könnte ein Vermögensvorteil höchstens darin erblickt werden, daß die Erben überhaupt ein Recht haben, bestimmte Nachlaßstücke zu fordern. Das gleiche wäre für eine Teilungsanordnung zu sagen, die sich darauf beschränkt, das hinterlassene Vermögen zu verteilen, aber davon absieht, einen Anrechnungsbetrag anzugeben. Greift man weiterhin z. B. den Fall heraus, daß eine Teilungsanordnung die Ernennung eines „Dritten“ gemäß § 2048 Satz 2 BGB. zum Gegenstand hat, so ist nicht ersichtlich, worin hier die Zuwendung eines Vermögensvorteils für einen oder mehrere Erben zu sehen ist. Auch bei einem in einer Teilungsanordnung des Erblassers enthaltenen Teilungsverbot gemäß § 2044 BGB. ist es zweifelhaft, ob die Hinausschiebung des Zeitpunktes der Erbauseinandersetzung den Erben einen Vermögensvorteil bringt; ob dies zu bejahen ist, wird immer nur für den Einzelfall entschieden werden können; eine allgemeine Feststellung ohne Rücksicht auf die jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse ist unmöglich. Es kann also auch eine Behauptung, das Teilungsverbot enthalte stets Vorausvermächtnisse, nicht aufrechterhalten werden.

Alle diese Ausführungen beweisen zur Genüge, daß keineswegs gesagt werden kann: jede Teilungsanordnung des Erblassers, unabhängig davon, welchen Inhalt sie hat, enthält auf Grund der in ihr getroffenen Bestimmungen ein oder mehrere Vorausvermächtnisse. Es ist somit auch nicht gelungen festzustellen, daß Vorausvermächtnisse als Bestandteile einer jeden Teilungsanordnung des Erblassers anzusehen sind. Für den Zweck der Untersuchung: Läßt sich die Teilungsanordnung des Erblassers als Summe bekannter Rechtsbegriffe darstellen, bedeutet dieses Ergebnis, daß der Begriff des Vorausvermächtnisses, und zwar der des in der Teilungsanordnung inhaltlich vorhandenen, bei der Zerlegung des Instituts in seine Bestandteile keine Berücksichtigung mehr finden darf.

Es ist nun zu prüfen, welche Rechtsbegriffe weiterhin für die Auflösung einer Teilungsanordnung des Erblassers in einzelne Teile in Frage kommen. Hierfür ist nur noch die Auflage zu nennen. Auf ein näheres Eingehen, ob jede Teilungsanordnung des Erblassers inhaltlich eine oder mehrere Auflagen in sich schließt, kann jedoch verzichtet werden, weil unabhängig davon, ob dies der Fall ist oder nicht, gesagt werden muß, daß durch Auflagen allein niemals alle rechtlichen Auswirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers erfaßt werden können: die durch eine Teilungsanordnung erzeugten Forderungsrechte können nicht unter den Begriff der Auflage eingeordnet werden [13]).

Es ist also als Ergebnis festzuhalten: Es ist nicht möglich, die Teilungsanordnung des Erblassers als Summe bekannter Rechtsbegriffe darzustellen und auf diesem Wege ihre rechtliche Natur festzustellen.

§ 37.

Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers ihrer rechtlichen Natur nach als wechselseitige Vorausvermächtnisse darzustellen.

Da es auf Grund der bisher angestellten Untersuchungen noch nicht gelungen ist, die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung

---

[13]) Vgl. auch das oben S. 56 f. und S. 84 ff. Ausgeführte.

des Erblassers zu bestimmen, muß nun die schon oben [1]) erwähnte Möglichkeit, ob sich die Teilungsanordnung des Erblassers als Verbindung mehrerer Vorausvermächtnisse darstellen läßt, d. h. ob durch ihr Vorhandensein allein den Erben ein Vermögensvorteil zugewendet wird, näher betrachtet werden. Wenn der Beweis, daß die Teilungsanordnung des Erblassers ein Zusammenschluß innerlich miteinander verknüpfter Vorausvermächtnisse ist, gelingt, wäre hiermit für ihre rechtliche Natur gesagt, daß es sich um eine Anhäufung von dem Erbrecht als Einzelerscheinungen bekannten Begriffen handelt, die, wenn sie in bestimmten Beziehungen zueinander stehen, einen neuen Begriff bilden.

Es ist die Lehre aufgestellt worden [2]), „daß einer Teilungsanordnung die rechtliche Natur eines wechselseitigen Vorausvermächtnisses zukommt“ [3]). Auch diese Ansicht wird zunächst nur für den Fall erörtert, daß die Teilungsanordnung Zuweisungen von Nachlaßgegenständen an die einzelnen Erben enthält, für die ein dem wahren Werte entsprechender Anrechnungsbetrag festgesetzt wird. Späterhin wird diese Ansicht jedoch auch für eine Teilungsanordnung anderen Inhalts für anwendbar erklärt [4]).

Bevor auf die Richtigkeit dieser Ansicht näher eingegangen werden wird, muß darauf hingewiesen werden, daß jetzt im Gegensatz zu dem im vorigen Paragraphen Behandelten als Gegenstand der Begünstigung lediglich die Teilungsanordnung als solche, in ihrer Gesamtheit als Verfügung des Erblassers, in Betracht zu ziehen ist, und die Begünstigung nicht mehr in den den Inhalt einer Teilungsanordnung bildenden Bestimmungen des Erblassers gesucht werden darf. Auf diese Voraussetzung stützen sich auch die von Wertheim gemachten Ausführungen, wenn dies auch nicht durchweg klar zum Ausdruck kommt.

Um die Haltbarkeit der genannten Theorie nachprüfen zu können, muß zunächst festgestellt werden: Das Vorausvermächtnis ist als Vermächtnis anzusehen; die Vorschriften über das Vermächtnis finden auch auf das Vorausvermächtnis Anwendung

---

[1]) Vgl. oben S. 87 unter Punkt 2.
[2]) Wertheim S. 37 ff.
[3]) Wertheim S. 40.
[4]) Vgl. Wertheim S. 47 ff. und S. 51.

(§ 2150 BGB.) [5]). Die Erfordernisse eines Vermächtnisses ergeben sich aus § 1939 BGB. in Verb. mit § 2174 BGB.; ein solches liegt vor, wenn einer Person ein Vermögensvorteil zugewendet wird und zu ihren Gunsten ein Recht entsteht, die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern [6]). Es müßte jetzt also bewiesen werden, daß die Teilungsanordnung des Erblassers sich aus zwei solchen Vorausvermächtnissen in gegenseitiger Abhängigkeit voneinander zusammensetzt.

Es soll der Beweisführung von Wertheim gefolgt werden [7]). Die Teilungsanordnung des Erblassers bringt einen obligatorischen Anspruch sowohl auf der Seite des Erben, dem ein bestimmter Nachlaßgegenstand zugewiesen worden ist, als auch für die Miterben zur Entstehung: der Erbe kann die Übertragung des ihm zugewiesenen Nachlaßstücks verlangen, die Miterben dürfen die Anrechnung des Gegenstandes auf den Erbteil fordern; allgemeiner ausgedrückt: beide Seiten können auf der Aus- und Durchführung der Teilungsanordnung des Erblassers bestehen.

Nachdem hier bereits gesagt worden ist, welches der Inhalt der Forderungsrechte ist, bleibt nun zu untersuchen, ob diese Rechte einen Vermögensvorteil einerseits für den Erben, andererseits für die Miterben bedeuten. Es ist zunächst zu sagen, daß unter einem „Vermögensvorteil" nicht nur ein geldwerter Vorteil zu verstehen ist, sondern jede Begünstigung (jeder Vorteil) [8]). Es kommt also im vorliegenden Fall nicht darauf an, daß den Erben (den Miterben) durch das ihnen gegebene Forderungsrecht ein geldwerter Vorteil erwächst, vielmehr ist schon darin eine Begünstigung zu erblicken, daß ihnen ein Recht gegeben wird, das ihnen ohne das Vorhandensein der Teilungsanordnung des Erblassers nicht zustände. Da dies zweifellos der Fall ist, ist hiermit aber auch schon bewiesen, daß beiden Teilen durch das Bestehen einer Teilungsanordnung des Erblassers eine Zuwendung gemacht ist. Das dem einen Erben gegebene Recht steht nur diesem allein, nicht auch den

---

[5]) Vgl. Planck-Flad Bem. 1 zu § 2150 BGB.; RGRKomm. Bem. 1 zu § 2150 BGB.

[6]) Vgl. Kipp in Enneccerus Bd. V § 101 III.

[7]) Vgl. Wertheim S. 38 f.

[8]) Vgl. Planck-Flad Bem. 2 u. 5 zu § 1939 BGB.; Staudinger-Herzfelder Bem. 1 zu § 1939 BGB.; Wertheim S. 39.

Miterben zu, ebenso umgekehrt: das Recht der Miterben ist nicht auch ein Recht des einen Erben; jeder Seite ist also etwas um ihrer selbst willen zugewendet worden.

So weit ist nichts gegen die Ansicht von Wertheim einzuwenden, es muß lediglich ergänzt werden, daß es sich nicht nur um zwei gegenseitig bedingte Vorausvermächtnisse handeln kann, vielmehr ebenso viele Paare gegenseitig bedingter Vorausvermächtnisse vorhanden sein müssen, wie Erben da sind, weil ja j e d e m Erben, den die Teilungsanordnung des Erblassers angeht, durch ihr Dasein eine Begünstigung zugewendet wird, der jeweils die Beschwerung aller übrigen Miterben gegenübersteht.

Die Unrichtigkeit der vertretenen Lehre ergibt sich aber aus Folgendem: Die Tatsache, daß gleichzeitig mit dem jeder Seite zustehenden R e c h t auch jeder von ihnen eine P f l i c h t erwächst, glaubt Wertheim damit hinreichend zu würdigen, daß sie von einem wechselseitigen Vorausvermächtnis spricht, dies darf aber aus folgenden Gründen nicht geschehen: Liegt ein Vorausvermächtnis vor, so ist stets eine Belastung für denjenigen gegeben, der mit der Erfüllung beschwert ist. Ist zum Beispiel dem Erben A ein Vorausvermächtnis zugewandt, mit dessen Erfüllung der Erbe B beschwert ist, und gleichzeitig B mit einem Vorausvermächtnis zu Lasten von A bedacht — die Zulässigkeit der Beschwerung eines Vorausvermächtnisnehmers bezüglich der ihm durch dieses Vorausvermächtnis gemachten Zuwendung ergibt sich aus § 2147 BGB. —, so entsteht die Pflicht des A, das dem B zugewandte Vermächtnis zu erfüllen n u r durch die Bedenkung des B, nicht bereits dadurch, daß ihm selbst ein Vorausvermächtnis zugewandt wird. Dies und nur dies ist ein Fall eines wechselseitigen Vorausvermächtnisses; anders verhält es sich dagegen bei der Teilungsanordnung des Erblassers: Die Pflicht des Erben, die Teilungsanordnung des Erblassers zu befolgen, ist nicht lediglich ein Reflex der andererseits den Miterben zuteil werdenden Begünstigung, sondern eine Beschränkung des dem Erben selbst Zugewandten. Ihm ist der Anspruch gegeben, von seinen Miterben die Übertragung des ihm Zugewiesenen zu verlangen, aber schon dieses Recht allein löst die Verpflichtung aus, daß er seinerseits die Teilungsanordnung des Erblassers befolgen muß. Die Verpflichtungen in beiden Fällen — dem des Vorausvermächtnisnehmers, der mit der Erfüllung eines

anderen Vorausvermächtnisses belastet ist, und dem des Erben, der einerseits durch das Vorhandensein einer Teilungsanordnung des Erblassers begünstigt ist, andererseits dadurch beschwert ist, daß er sie befolgen muß — sind also grundsätzlich verchiedener Herkunft: Im ersteren haben wir es mit einem echten wechselseitigen Vorausvermächtnis zu tun, während für den letzteren diese Bezeichnung nicht verwandt werden darf, weil die Abhängigkeit von Recht und Pflicht hier eine gänzlich andersgeartete als im ersten Fall ist und nicht durch Auflösung in zwei an sich selbständige, aber durch die beteiligten Personen miteinander verknüpfte Vorausvermächtnisse (wechselseitige Vorausvermächtnisse) erklärt werden kann.

Nun ist aber nach § 1940 BGB. die Belastung eines Vermächtnisnehmers, also auch eines Vorausvermächtnisnehmers, mit einer Auflage möglich [9]). Es fragt sich deshalb, ob im vorliegenden Fall die für den Erben unmittelbar aus dem ihm Zugewendeten entstehende Verpflichtung auf eine solche Belastung zurückgeführt werden kann. Erweist sich dies als möglich, so folgt daraus, daß der soeben gemachte Einwand gegen die Lehre von den wechselseitigen Vorausvermächtnissen nicht stichhaltig ist. Die Annahme, daß eine Auflage des Inhalts, die Teilungsanordnung des Erblassers ist zu befolgen, vorliegt, scheitert an den bereits oben [10]) für die Verschiedenheit der rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers und einer Auflage angegebenen Gründen: bei einer Auflage ist niemand vorhanden, dem im eigenen Interesse ein Recht auf die Ausführung derselben gegeben wird; hier dagegen haben die Miterben um ihrer selbst willen einen Anspruch auf die Befolgung der Bestimmungen des Erblassers. Eine Erklärung der dem Erben aus der Zuwendung erwachsenden Verpflichtung ist also auf diesem Wege nicht möglich. Es bleibt daher dabei, daß eine Teilungsanordnung des Erblassers für jeden Erben eine Zuwendung bedeutet, diese aber nicht mit dem Begriff des Vorausvermächtnisses erfaßt werden kann, weil die allein aus der Begünstigung entstehende Verpflichtung der Erben nicht mit der Annahme eines Vorausvermächtnisses vereinbar ist.

---

[9]) Vgl. auch Wertheim S. 39.
[10]) Vgl. S. 56 f.

Weiterhin ist zu sagen: ein Vermächtnis kann ausgeschlagen werden (§ 2176 BGB.). Da die Vorschriften über die Vermächtnisse aber auch für die Vorausvermächtnisse gelten, steht auch dem mit einem solchen bedachten Erben das Recht der Ausschlagung zu, und zwar kann er das Vorausvermächtnis allein ausschlagen, seinen Erbteil aber behalten [11]). Das würde für den Fall der Teilungsanordnung des Erblassers bedeuten: der Erbe muß, wenn die Teilungsanordnung sich durch ihr Vorhandensein als Vorausvermächtnis darstellt, die ihm auf diese Weise zugewandte Begünstigung ausschlagen können, seinen Erbteil aber behalten dürfen. Dies ist ein unmögliches Ergebnis, weil oben [12]) festgestellt werden konnte, daß der einzelne Erbe an die Teilungsanordnung des Erblassers gebunden ist, und diese nur durch den Beschluß aller Miterben außer Kraft gesetzt oder geändert werden kann [13]). Eine Ausschlagung des „Vorausvermächtnisses" (der Teilungsanordnung des Erblassers) ist also unzulässig. Wie sollte man aber das Fehlen des Ausschlagungsrechts bei dem hier behaupteten Vorausvermächtnis erklären?

Die Annahme einer Bedingung oder Auflage des Inhalts, der Erbe dürfe das „Vorausvermächtnis" (die Teilungsanordnung des Erblassers) nicht ausschlagen, ist nicht möglich, denn das Ausschlagungsrecht, ein dem Erben gesetzlich zustehendes Recht, kann der Erblasser nicht ausschließen. Es wäre nun aber denkbar, die Erbeinsetzung als unter einer auflösenden Bedingung stehend anzusehen: Die Berufung des Erben soll nur dann Bestand haben, wenn dieser das ihm zugewandte „Vorausvermächtnis" (die Teilungsanordnung des Erblassers) annimmt. Hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Die Folge einer solchen Konstruktion würde aber sein: Beschließen die Miterben, die Teilungsanordnung des Erblassers außer Kraft zu setzen oder abzuändern

---

[11]) § 1951 Abs. I BGB. ist analog anzuwenden.

[12]) Vgl. oben S. 46 f. und S. 57 ff., insbes. S. 61.

[13]) Für die Sonderfälle der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, die Belastung mit einer Auflage oder auflösenden Bedingung vgl. oben S. 61 ff., S. 66 f. und S. 68. Diese Fälle können hier nicht berücksichtigt werden, weil es sich bei ihnen um Ausnahmen handelt, und hier nur der Regelfall, eine Teilungsanordnung des Erblassers allein, zur Erörterung steht.

— was, wie oben [14]) ausgeführt, zulässig ist —, so gehen sie alle durch diesen Beschluß ihrer Erbenqualität verlustig, weil jeder Erbe die Erbschaft nur erhalten soll, wenn er das „Vorausvermächtnis“ (die Teilungsanordnung des Erblassers) annimmt. Es wird wohl niemand behaupten wollen, daß ein solches Ergebnis wirtschaftlich tragbar und auf irgendeine Weise zu rechtfertigen ist, denn praktisch würde es bedeuten, daß bei Wahrung ihres Erbrechtes die Erben eine Abänderung oder Aufhebung der Teilungsanordnung des Erblassers überhaupt nicht vornehmen könnten, ein Resultat, das der auf Grund ausführlicher Erörterungen gefundenen Tatsache, daß allgemein eine Unabdingbarkeit der Teilungsanordnung des Erblassers nicht besteht [15]), widerspricht und den Fall als Regel angeben würde, der oben [16]) als Möglichkeit für den Erblasser, der Teilungsanordnung unbedingte Verbindlichkeit beizulegen, angeführt wurde.

Es ergibt sich also aus den vorstehenden Ausführungen, daß auch die Theorie, die Teilungsanordnung des Erblassers habe die rechtliche Natur wechselseitiger Vorausvermächtnisse, nicht haltbar ist.

§ 38.

Die Lehre, die divisio bonorum des gemeinen Rechts und die Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts habe die rechtliche Natur wechselseitiger Vorausvermächtnisse, und ihre Berechtigung.

Im Anschluß an den im vorigen Paragraphen erörterten Versuch, der Teilungsanordnung des Erblassers die rechtliche Natur wechselseitiger Vorausvermächtnisse zuzubilligen, ist auf das gemeine Recht und auf das preußische Allgemeine Landrecht einzugehen.

Hierzu müssen vor allem die Ausführungen von Schultzenstein [1]) und Wertheim [2]) herangezogen werden. Beide Schriftsteller

---

[14]) Vgl. S. 57 ff.
[15]) Vgl. oben S. 48 ff.
[16]) S. 68.
[1]) § 22 S. 123 ff. und Nachtrag § 49 S. 259 ff.
[2]) S. 13 ff. und S. 21 ff.

gehen zunächst unter Angabe vieler Literaturstellen davon aus, daß bereits für das gemeine Recht die rechtliche Natur einer divisio bonorum als die eines gegenseitig bedingten Vorausvermächtnisses von der herrschenden Meinung anerkannt gewesen sei [3]). Diese Auffassung möchte ich auf das energischste bestreiten, und zwar gerade unter Berücksichtigung der für die obige Ansicht angegebenen Stellen.

Es ist vor allem zu beachten, daß die divisio bonorum des gemeinen Rechts nur die Verteilung der den Nachlaß ausmachenden Gegenstände und Schulden an die einzelnen Erben enthalten konnte [4]), also inhaltlich dem Erblasser wesentlich beschränktere Möglichkeiten, seine Wünsche zu äußern, bot als das Institut der Teilungsanordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hierauf dürfte der von beiden Schriftstellern begangene Irrtum zurückzuführen sein: Die Tatsache, daß im gemeinen Recht derartige Zuweisungen den einzigen Inhalt einer divisio bonorum bilden konnten, und daß auch heute noch diese Anordnungen bei weitem am häufigsten den Inhalt einer Teilungsanordnung des Erblassers ausmachen, verleitet leicht zu dem Schluß, den Charakter einer Einzelbestimmung einer divisio bonorum oder einer Teilungsanordnung und das Wesen der Verfügung als solcher in ihrer Gesamtheit gleichzusetzen. Daß dies aus rechtlich logischen Gründen nicht geschehen darf, ist offensichtlich — die rechtliche Natur eines Rechtsbegriffs ist etwas anderes als das ihm im Einzelfall zum Inhalt Gesetzte —; praktisch läßt sich die Unmöglichkeit einer Identifizierung am einfachsten an der Teilungsanordnung des geltenden Rechts beweisen: die Teilungsanordnung des Erblassers als Institut kann Anordnungen der mannigfaltigsten Art enthalten [5]); es darf daher nicht von einer in der Teilungsanordnung möglichen Bestimmung auf den Begriff als solchen geschlossen werden, d. h. es darf nicht z. B. die Zuweisung von Nachlaßgegenständen allein betrachtet

---

[3]) Schultzenstein S. 124 und Anm. 1 hierzu; Wertheim S. 13 und Anm. 1 hierzu. Vgl. aber auch oben S. 96: Wenn die von beiden Schriftstellern vertretene Lehre richtig wäre, müßte auch hier zunächst eine Ergänzung dahin erfolgen, daß es sich um ebenso viele Paare wechselseitiger Vorausvermächtnisse handele, wie Erben vorhanden sind.

[4]) Vgl. oben S. 10 f.

[5]) Vgl. oben S. 20 ff.

werden und für diese bewiesen werden, daß die Zuweisungen nicht dinglich, sondern nur obligatorisch wirken und im Anschluß hieran gesagt werden: das Institut der Teilungsanordnung des Erblassers hat lediglich obligatorische Wirkung. Die Unsinnigkeit einer solchen Behauptung ergibt sich deutlich, wenn man eine Teilungsanordnung anderen Inhalts nimmt, etwa eine solche, die ein Schiedsgericht für die bei der Erbauseinandersetzung entstehenden Streitigkeiten einsetzt und nun von dieser beweisen sollte, daß sie nur obligatorische und keine dingliche Wirkung habe. Was sollte man sich hierunter vorstellen? — Eine entsprechende falsche Beweisführung ist nun Schultzenstein und Wertheim unterlaufen: die Mehrzahl der Schriftsteller des gemeinen Rechts [6]) erachteten die Zuweisung eines Nachlaßgegenstandes als Aussetzung eines Praelegats an den betreffenden Erben. Hieraus glaubten Schultzenstein und Wertheim schließen zu dürfen, daß bei Richtigkeit dieser Behauptung auch die rechtliche Natur der divisio bonorum bereits dahin bestimmt sei, daß jede divisio bonorum, die mehrere solche in innerem Zusammenhang stehende Praelegate enthielt, selbst die rechtliche Natur wechselseitiger Praelegate habe. Diese Ansicht kann deshalb nicht richtig sein, weil, selbst wenn die Voraussetzung zutrifft, daß die einzelnen Erben die ihnen in einer divisio bonorum zugewiesenen Nachlaßgegenstände als Praelegate erhielten, hiermit noch keineswegs bewiesen ist, daß diese einzelnen Praelegate untereinander zu wechselseitigen Praelegaten verknüpft sind und man deshalb die divisio bonorum ihrer rechtlichen Natur nach als Summe wechselseitiger Praelegate kennzeichnen könnte. Dies muß vielmehr auf das entschiedenste abgelehnt werden, und zwar aus den gleichen Gründen, die für das geltende Recht bereits angeführt wurden [7]): Die Verpflichtung, die für den einzelnen Erben aus der divisio bonorum erwächst, ist nicht gleichzusetzen der Verpflichtung eines Erben durch ein einem Miterben gegebenes Praelegat;

---

[6]) Brunnemann Lib. III Tit. XXXVI, L Si Familiae 14 nr. 3; Wildvogel These III S. 2 und These VII S. 8, ferner These XXI S. 35 f.; Euler Pars II § 80 S. 88; Gaill Lib. II Observatio CXVI nr. 1 u. 2 S. 525; Voet, Comm. Lib. X Tit. II nr. 1 S. 565; Voet nr. 17 S. 50; Bachofen IV, 15 Anm. 11 S. 129; Heimbach Anm. 77 zu S. 953 und das hierzu im Text Gesagte; Thibaut Buch IV Teil II § 846 S. 368; Frankenfeld § 11 S. 21 f.

[7]) Vgl. auch oben S. 96 ff.

die rechtlichen Wirkungen einer divisio bonorum können also nicht mit dem Begriff des wechselseitigen Praelegats erfaßt werden, daher kann dieser Begriff auch nicht dazu dienen, das Wesen und die rechtliche Natur einer divisio bonorum zu bestimmen.

Daß die zur Bestätigung der oben angeführten Ansicht angegebenen Stellen, wenn sie auch leicht so verstanden werden können, in Wahrheit nicht diesen Inhalt haben, ergibt sich aus Folgendem: Gesagt wurde stets nur, daß die divisio bonorum „vim praelegatorum" habe [8]) oder: „liberi bona divisa vice praelegatorum obtinent" [9]) und ähnlich. Daß alle diese Äußerungen nur dahin zu verstehen waren, daß es sich lediglich um eine Entscheidung der Frage: Erhalten die Erben das ihnen Zugewiesene als Erbteil oder als Praelegat, und um nichts anderes handelte, geht mit Deutlichkeit aus dem von Höpfner [10]) Gesagten hervor: „so bekommt jeder Erbe die ihm zugewiesene Sache zum voraus als ein Praelegat" und vielleicht noch mehr aus den Ausführungen von Roßhirt [11]): „Wenn ein Vater eine Güterabtheilung unter seinen Kindern macht, und dabei auch der Form nach Praelegate vorkämen, so wird die Sache doch als eine Erbabtheilung juristisch angesehen", die gerade die Bedeutung der einzelnen Vorschriften, die in einer divisio bonorum enthalten sind, und das Wesen einer divisio bonorum in ihrer Gesamtheit gegenüberstellen.

Es dürfte hiermit hinreichend bewiesen sein, daß die von Schultzenstein und Wertheim unter Berufung auf die genannten Schriftsteller des gemeinen Rechts vertretene Lehre nicht aufrechterhalten werden kann, es sei denn, daß sich das gleiche Ergebnis aus anderen Gründen rechtfertigen ließe. Ob dies möglich ist, braucht hier nicht untersucht zu werden, weil sich die vorliegende Arbeit im wesentlichen auf das geltende deutsche Recht zu beschränken hat und auch für den Fall, daß der Beweis gelingen sollte, eine Auswertung des Ergebnisses für die Teilungsanordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht erfolgen könnte, weil, wie

---

[8]) Gaill Lib. II Observatio CXVI nr. 1 u.2 S. 525; ebenso Wildvogel These 7 S. 8.

[9]) Euler Pars II Cap. II § 83 S. 91.

[10]) Liber II Tit. XIV § 492 S. 398.

[11]) S. 284.

oben [12]) erörtert, die Natur einer Teilungsanordnung des geltenden Rechts keinesfalls die wechselseitiger Vorausvermächtnisse ist. — Ferner braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob die Behauptung, es handele sich bei den Zuweisungen von Nachlaßgegenständen in einer divisio bonorum um Praelegate, zu Recht besteht, ob dies immer [13]) oder nur bei ungleicher Teilung zutrifft [14]), oder ob nur praecipua vorliegen [15]), weil auch diese Fragen ohne jedes Interesse für das geltende Recht sind [16]).

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß soweit die Literatur des gemeinen Rechts bisher betrachtet wurde, über die rechtliche Natur einer divisio bonorum überhaupt noch nichts gesagt worden ist; auf die Stellung des gemeinen Rechts zu dieser Frage wird später [17]) jedoch nochmals zurückzukommen sein.

Es ist nun darauf einzugehen, ob, nachdem sich die von Schultzenstein und Wertheim für das gemeine Recht vertretene Ansicht als unrichtig herausgestellt hat, die auch für das preußische Allgemeine Landrecht von beiden Schriftstellern aufgestellte Behauptung [18]), die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers sei die eines wechselseitigen Vorausvermächtnisses, als zutreffend erachtet werden kann.

Zunächst ist zu sagen: Bei den zu dieser Frage gemachten Ausführungen gehen Schultzenstein und Wertheim nunmehr von der allein richtigen Voraussetzung aus, daß als Gegenstand des Praelegats nur das den Erben durch das Vorhandensein einer Teilungsanordnung des Erblassers zugewendete Recht in Betracht

---

[12]) Vgl. oben S. 93 ff.

[13]) So die Mehrzahl der oben S. 101 Anm. 6 zitierten Schriftsteller.

[14]) So z. B. Höpfner Lib. II Tit. XI § 460 zweyte Anmerkung S. 352 f.

[15]) So z. B. Euler Pars II § 80 S. 88; Mühlenbruch Bd. 42 S. 241 f. Vgl. ferner Hölder, Beiträge S. 80 ff., insbes. S. 82 ff.; Kretschmar § 10 S. 146 ff.

[16]) Vgl. auch oben S. 42. — Es sei noch bemerkt, daß, wenn auch nur vereinzelt, für das gemeine Recht ebenfalls geltend gemacht wurde, daß der Erbe den ihm zugewiesenen Nachlaßgegenstand nicht als Praelegat, sondern in Anrechnung auf seinen Erbteil erhalte. Vgl. hierzu Harprecht Tit. X nr. 96 und 97; Braun § 729 S. 668 f.; Froben § 880 S. 304; Glück S. 107 ff.

[17]) Vgl. unten S. 107 f.

[18]) Schultzenstein § 22 S. 123 ff. und Nachtrag § 49 S. 259 ff.; Wertheim S. 21 ff.

kommen kann [19]). Dennoch ist es nicht möglich, der von ihnen vertretenen Meinung zuzustimmen, und zwar aus dem gleichen Grunde, der bereits oben [20]) für die Ablehnung der entsprechenden Behauptung für das geltende Recht angegeben wurde: Die Theorie des wechselseitigen Vorausvermächtnisses kann keine Erklärung für die unmittelbar auf Grund der Zuwendung entstehende Verpflichtung des Erben geben. Es darf hier auf die oben zu dieser Frage gemachten Ausführungen verwiesen werden [21]), weil der Begriff des Vermächtnisses und des Vorausvermächtnisses, soweit er in Betracht kommt — im preußischen Allgemeinen Landrecht und im Bürgerlichen Gesetzbuch —, übereinstimmend geregelt ist [22]).

Diese Feststellung genügt, um die Unrichtigkeit der von Schultzenstein und Wertheim für das preußische Privatrecht ausgeführten Ansicht zu beweisen. Weiterhin entfällt auch noch, wie wir oben gesehen haben [23]), der von beiden Schriftstellern als Bestätigung angeführte Umstand, daß auch das gemeine Recht die divisio bonorum ihrer rechtlichen Natur nach als wechselseitige Vorausvermächtnisse anerkannte.

§ 39.

Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers ihrer rechtlichen Natur nach als Rechtsquelle zu bezeichnen.

Da die bisher angestellten Versuche, die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers zu bestimmen, zu keinem brauchbaren Ergebnis geführt haben und auch alles in der Literatur zu dieser Frage Gesagte als unbefriedigend angesehen werden muß, soll nun im folgenden untersucht werden, ob die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers unter Zu-

---

[19]) Vgl. Schultzenstein § 22 S. 124; Wertheim S. 24.

[20]) S. 96 f.

[21]) Vgl. oben S. 96 f.

[22]) Nicht ohne weiteres dagegen darf der für das geltende Recht ausgeführte zweite Ablehnungsgrund (vgl. oben S. 98 f.) hier entsprechend ausgewertet werden, weil die Frage nach dem Maß der Verbindlichkeit einer Teilungsanordnung des Erblassers für das preußische Privatrecht anders zu entscheiden war als für das geltende Recht (vgl. oben S. 44 ff. und S. 61).

[23]) Vgl. oben S. 99 ff.

hilfenahme allgemeiner Rechtsgedanken bestimmt werden kann, und zwar soll zunächst geprüft werden, ob die Teilungsanordnung des Erblassers als Rechtsquelle angesehen werden darf in dem Sinne, daß die dem Erblasser durch § 2048 Satz 1 BGB. zugestandene Befugnis, Anordnungen für die Erbauseinandersetzung zu treffen, so verstanden werden muß, daß er innerhalb des Rahmens der „Anordnungen für die Auseinandersetzung" Vorschriften mit Gesetzeskraft aufstellen kann. Daß eine solche Übertragung gesetzgeberischer Befugnisse an eine Privatperson durchaus denkbar ist und weder den allgemeinen Anschauungen des geltenden Rechts noch denen früherer Rechte zuwiderläuft, ergibt sich aus Folgendem:

Die „Zwölf Tafeln" enthielten den Satz „uti lingua nuncupassit, uti legassit, ita ius esto". Hiermit wird für die Rechtsordnung des alten Roms die Anerkennung der Befugnis eines jeden Bürgers, frei über seine Rechtsverhältnisse zu bestimmen, ausgesprochen und weiterhin gesagt, daß diese Bestimmungen wie ein Gesetz zu behandeln waren [1]). Jedoch bereits das klassische Recht wich von dieser Anschauung ab und beschränkte die Rechte des Einzelnen.

Auch im deutschen Recht finden sich ähnliche Erscheinungen einer solchen Privatautonomie: Der Adel und die landesherrlichen Häuser konnten in gleicher Weise mit Gesetzeskraft über ihre Familienverhältnisse und Güter bestimmen [2]). Heute sind diese Sonderrechte durch Art. 109 Abs. III Satz 1 RV. in Verbindung mit den entsprechenden Landesgesetzen aufgehoben, weil das Privileg der Privatautonomie als öffentlichrechtliches Vorrecht dem Sinne der Reichsverfassung widerspricht.

Die Rechtsentwicklung geht nun heute, wenn auch auf anderem Gebiet, einen Weg, der ähnliche Ergebnisse zeitigt. Beweis hierfür ist die rechtliche Behandlung und Beurteilung des normativen Teils eines Tarifvertrages. Schließt ein Arbeitgeberverband mit einem Arbeitnehmerverband einen Tarifvertrag, so stehen auf beiden Seiten private Rechtssubjekte; das von ihnen Vereinbarte gilt aber trotzdem als Rechtsquelle: Alle abgeschlossenen und noch abzuschließenden Einzelarbeitsverträge unterstehen dem norma-

[1]) Vgl. Jörs S. 5.

[2]) Garantiert in der Bundesakte vom 8. Juni 1815 Art. 14; vgl. auch Art. 158 EG.BGB.

tiven Teil des Tarifvertrages [3]). — Wir haben es also mit privaten Willenserklärungen zu tun, denen Gesetzeskraft zukommt, und die als Rechtsquelle anzusehen sind. Hiermit ist auch für die moderne Rechtsanschauung bewiesen, daß sie Fälle kennt, in denen sie die Ausübung der Befugnisse des Gesetzgebers privaten Personen überträgt.

Für die Beantwortung der Frage, ob es sich bei der Teilungsanordnung des Erblassers ebenfalls um eine Rechtsquelle handelt, ist in erster Linie darauf abzustellen, ob den vom Erblasser gegebenen Teilungsvorschriften Gesetzeskraft innewohnt, d. h. ob sie die gleichen rechtlichen Wirkungen auslösen, wie sie anderen Gesetzesbestimmungen zukommen. — Es ist nun oben festgestellt worden [4]), daß eine Teilungsanordnung des Erblassers zwar für den einzelnen Erben verbindlich ist — es sei denn, daß er die Erbschaft ausschlägt und hierdurch seiner Erbeneigenschaft verlustig geht —, jedoch durch eine Vereinbarung der Miterben untereinander abgeändert oder außer Kraft gesetzt werden kann [5]). Diese Tatsache ist nicht vereinbar mit der Annahme, die Teilungsanordnung des Erblassers sei eine Rechtsquelle, denn die Befolgung einer Bestimmung, die als Gesetzesvorschrift anzusehen ist, ist nicht in das Belieben der Personen gestellt, an die sie sich richtet, es sei denn, der Gesetzgeber oder, für den Fall der Privatautonomie, derjenige, der die Anordnung erließ, hat es selbst vorgesehen (zwingendes Recht — nicht zwingendes Recht). Da es nun nicht möglich ist, jede Teilungsanordnung in der Weise auszulegen, daß der Erblasser ihre Aus- und Durchführung nur dann will, wenn die Miterben keine andere Vereinbarung treffen, vielmehr im Gegenteil die Absicht des Erblassers stets dahin gehen wird, daß seine Anordnungen befolgt werden sollen und nur, wenn er selbst es vorgesehen hat [6]), der Beschluß des oder der

---

[3]) Vgl. Nipperdey S. 138 f.

[4]) Vgl. oben S. 46 f. und S. 57 ff.

[5]) Abzusehen ist hier von den Fällen, in denen der Erblasser besondere Maßnahmen zur Sicherung der Durchführung seiner Teilungsanordnung getroffen hat, die deren Unabdingbarkeit herbeiführen (vgl. oben S. 61 ff., S. 66 f. und S. 68), weil nur die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers allein festgestellt werden soll.

[6]) wie z. B. wenn ein Erbe nur berechtigt sein soll, einen bezeichneten Nachlaßgegenstand zu übernehmen (vgl. auch oben S. 21 f.).

Erben über das Bestehenbleiben einer seiner Bestimmungen entscheiden soll, andererseits aber bewiesen wurde, daß eine Unabdingbarkeit der Teilungsanordnung des Erblassers im Regelfall nicht angenommen werden kann, muß die Kennzeichnung der Teilungsanordnung des Erblassers als Rechtsquelle an diesen Widersprüchen scheitern [7]). Wäre die Teilungsanordnung des Erblassers ihrer rechtlichen Natur nach eine Rechtsquelle, also die in ihr enthaltenen Bestimmungen Vorschriften mit Gesetzeskraft, müßten diese Anordnungen ebenso unabdingbar sein, wie dies beispielsweise bei den Vereinbarungen des normativen Teils des Tarifvertrages der Fall ist [8]) [9]).

Die Teilungsanordnung des Erblassers kann also ihrer rechtlichen Natur nach nicht als Rechtsquelle bezeichnet werden. — Dieses Ergebnis stimmt dem Sinne nach auch mit einer Bemerkung von Kohler überein, die besagt, „daß die Lehre vom einseitigen Willensdogma bei letztwilligen Verfügungen nicht durchgreife“ [10]), also das Vorhandensein einer Privatautonomie des Erblassers in Abrede stellt.

§ 40.

Ein Versuch, die Teilungsanordnung des Erblassers als antizipiertes, konstitutives richterliches Urteil zu kennzeichnen.

Es ist nunmehr nochmals die Literatur des gemeinen Rechts und des preußischen Privatrechts zu Rate zu ziehen, ob ihr nicht vielleicht doch ein Hinweis für die Bestimmung der rechtlichen Natur der Teilungsanordnung des Erblassers des geltenden Rechts zu entnehmen ist.

Es ist mehrfach gesagt worden, daß ein Testator, der eine divisio bonorum oder eine Teilungsanordnung errichte, das officium

---

[7]) Vgl. hierzu auch die Ausführungen oben S. 59 f.

[8]) § 1 Tarifvertragsverordnung vom 1. März 1928.

[9]) Ob die divisio bonorum des gemeinen Rechts und die Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts im Gegensatz zu der Teilungsanordnung des geltenden Rechts ihrer rechtlichen Natur nach als Rechtsquelle anzusehen sind, weil bei ihnen die hier fehlende Unabdingbarkeit vorliegt, kann nicht geprüft werden, weil diese Untersuchungen über das Thema der Arbeit hinausgehen würden.

[10]) Kohler, ZVerglRW. Bd. 25 S. 135. — Vgl. auch Kohler, ArchZiv.-Prax. Bd. 99 S. 121.

arbitri dividendae hereditatis vorwegnehme, also die Aufgabe des Erbteilungsrichters übernehme und bereits im voraus erfülle [1]). Diese Ausführungen finden ihre Stütze im Corpus iuris civilis Justiniani selbst; es heißt dort: „si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater communis iudicio suo qualicumque iudicio suam declaravit voluntatem ...“ [2]) und „si pater familias singulis heredibus fundos legando divisionis arbitrio fungi voluit ...“ [3]).

Gegen die Richtigkeit der oben wiedergegebenen Behauptung ist nichts einzuwenden. Der Teilungsrichter bestimmte, wie der Wille des Erblassers bei der Erbauseinandersetzung aus- und durchzuführen war; der Erblasser regelte in der divisio bonorum oder der Teilungsanordnung ebenfalls die Art, wie die von ihm verfügten oder gemäß der Intestaterbfolge bestehenden Berufungen zur Erbschaft praktisch verwirklicht werden sollten, denn er gab ja in einer divisio bonorum oder einer Teilungsanordnung nicht an, w e r Erbe werden wird und wieviel dieser erhalten werde, sondern w i e geerbt werden soll [4]).

Eine Auswertung dieser als richtig erkannten Feststellung ist nun, soweit ich sehe, weder in der Literatur des gemeinen Rechts noch in der des preußischen Privatrechts erfolgt. — Es soll jetzt zunächst untersucht werden, ob die Behauptung, daß ein Erblasser mit der Errichtung einer Teilungsanordnung die Aufgabe des Nachlaßrichters bereits im voraus erfülle, auch für das geltende Recht aufrechterhalten werden kann; wenn dies zutrifft, soll versucht werden, auf Grund dieser Tatsache die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers zu bestimmen.

Nach § 86 FGG. besteht die Aufgabe des Nachlaßgerichts darin, „die Auseinandersetzung des Nachlasses zwischen den Beteiligten zu vermitteln“, d. h. es hat einen Plan für die Erbschafts-

---

[1]) Vgl. Voet nr. 17 S. 50; Harprecht Tit. I nr. 7 ff. S. 675 und Tit. IX nr. 82 ff. S. 680 f.; Faber Dec. XLII Error VIII S. 844 ff.; Frankenfeld § 9 S. 19 f.; Brinz § 407 S. 282; Koeppen § 71 S. 451; Buchholtz S. 235; Mühlenbruch Bd. 42 S. 238. — Für das preußische Privatrecht noch Koch § 61 S. 626.

[2]) C. III, 36, 21 Fam. ercisc.

[3]) D. X, 2, 33 Fam. ercisc.

[4]) Vgl. hierzu auch die Ausführungen oben S. 4 und S. 33 ff., insbes. aber S. 35.

teilung und die Regeln für dessen Durchführung aufzustellen. Das Nachlaßgericht hat also nicht eine deklaratorische Entscheidung zu geben, die sich auf die Feststellung bereits vorhandener rechtlicher Tatsachen erstreckt, vielmehr hat es sich mit der Schaffung neuer Rechtsbeziehungen zu befassen. Diese Tätigkeit des Nachlaßgerichts deckt sich mit dem Tun eines Erblassers, der eine Teilungsanordnung aufstellt. Der Testator schafft ebenfalls neue Rechtsbeziehungen zwischen den Erben, die den gleichen Zweck erfüllen. Daß die Vorschriften des Erblassers für die Erbauseinandersetzung häufig nur einen Teil derselben regeln werden, kann für die rechtliche Beurteilung des Instituts keinen Unterschied machen; auch das Nachlaßgericht ist ja nicht verpflichtet, die Auseinandersetzung immer in ihrer Gesamtheit zu regeln, wird sich vielmehr sehr oft darauf beschränken, nur über diejenigen Punkte Bestimmungen zu treffen, über die sich die Miterben nicht schon anderweitig geeinigt haben.

Die Richtigkeit der Behauptung, daß der Erblasser durch die Errichtung einer Teilungsanordnung die Aufgabe des Nachlaßgerichts im voraus erledige, ergibt sich ferner daraus, daß das Nachlaßgericht, das bei einer Erbauseinandersetzung, über die bereits durch eine Teilungsanordnung des Erblassers Bestimmungen getroffen worden sind, tätig wird, die Anordnungen des Erblassers zur Durchführung zu bringen hat — der Nachlaßrichter ist ebenso wie ein Testamentsvollstrecker an die Teilungsanordnung des Erblassers gebunden [5]) —, nicht dagegen mehr einen neuen Plan und neue Regeln für die Erbauseinandersetzung aufstellen darf. Aus dem Fehlen dieser Befugnis folgt, daß die Vorschriften für die Erbauseinandersetzung in einer Teilungsanordnung des Erblassers und die vom Nachlaßgericht auf Grund von § 86 FGG. erlassenen gleichzuachten sind, weil der Fortfall des Rechtes und der Pflicht des Nachlaßgerichts, die Art der Aus- und Durchführung der Verfügungen von Todes wegen des Erblassers bei der Erbauseinandersetzung durch eigenes Handeln zu regeln, nicht anders erklärt werden kann.

---

[5]) Maßgebend sind die gleichen Gründe, die für die Bindung des Testamentsvollstreckers an die Bestimmungen des Erblassers angegeben wurden; vgl. deshalb oben S. 61 ff. und die S. 62 Anm. 4 angeführte Literatur.

Wenn es nicht gelang, die Anordnungen, die ein gemäß § 2048 Satz 2 BGB. vom Erblasser ernannter „Dritter", trotzdem sie die gleichen Bestimmungen enthalten konnten wie eine erblasserische Teilungsanordnung, als eine Teilungsanordnung im technischen Sinne zu charakterisieren, so scheiterte dies daran, daß es sich bei dem Recht, Vorschriften für die Erbauseinandersetzung aufzustellen, die den Namen „Teilungsanordnung" tragen sollen, um ein höchstpersönliches Recht des Erblassers handelt und diese Funktion deshalb nicht von einer andern Person ausgeübt werden kann [6]). Der entsprechende Einwand greift im vorliegenden Fall nicht durch. Die Tatsache, daß der Nachlaßrichter an die Teilungsanordnung des Erblassers gebunden ist und nicht andere Vorschriften für die Erbauseinandersetzung aufstellen darf, beweist, daß die Tätigkeit des Nachlaßgerichts gemäß § 86 FGG. auch vom Erblasser selbst übernommen werden kann. Einen weiteren Beweis dafür, daß eine Entscheidung auch anderen Personen als einem Richter übertragen werden darf, liefert die rechtliche Anerkennung der Schiedsgerichtsbarkeit [7]). — Andererseits folgt aus der Tatsache, daß die von einem „Dritten" gemäß § 2048 Satz 2 BGB. getroffenen Auseinandersetzungsvorschriften nicht als Teilungsanordnung im technischen Sinn angesehen werden können, noch nicht, daß diese Anordnungen von einer vom Nachlaßgericht gegebenen Regelung der Erbschaftsteilung wesensverschieden sind. Es muß vielmehr bejaht werden, daß auch das Tätigwerden des gemäß § 2048 Satz 2 BGB. ernannten „Dritten" als gleichbedeutend mit dem Handeln des Nachlaßrichters gemäß § 86 FGG. zu bezeichnen ist, und zwar hat dies aus denselben Gründen zu geschehen, die oben für die Gleichsetzung einer Teilungsanordnung des Erblassers mit den Bestimmungen des Nachlaßgerichts für die Erbauseinandersetzung angeführt wurden.

Die bisherigen Ausführungen haben bewiesen, daß dem Gegenstand der Anordnungen nach völlige Übereinstimmung zwischen einer vom Nachlaßgericht gemäß § 86 FGG. für die Erbauseinandersetzung gegebenen Regelung und einer Teilungsanordnung des Erblassers besteht, und weiterhin, daß der Vornahme der Auf-

---

[6]) Vgl. darüber auch oben S. 32.
[7]) Vgl. die §§ 1025 ff. ZPO.

stellung von Vorschriften für die Erbauseinandersetzung, die auf Antrag eines Erben das Nachlaßgericht zu übernehmen hat, durch eine Privatperson, den Erblasser, nichts entgegensteht. Es bleibt nunmehr noch zu untersuchen, ob den Anordnungen für die Erbauseinandersetzung des Nachlaßgerichts einerseits und denen des Erblassers andererseits die gleichen rechtlichen Wirkungen zukommen, denn nur wenn dies zutrifft, dürfen diese Bestimmungen zum Zweck der rechtlichen Charakterisierung einer Teilungsanordnung des Erblassers miteinander verglichen werden.

Für die Teilungsanordnung des Erblassers konnte nun festgestellt werden, daß die Erben schuldrechtlich zu ihrer Aus- und Durchführung verpflichtet sind, aber sich durch Einigung untereinander über sie hinwegsetzen können [8]). Für die durch das Nachlaßgericht aufgestellten Vorschriften für die Erbauseinandersetzung bestimmt § 97 Abs. I FGG., daß sie „in gleicher Weise verbindlich sind wie eine vertragsmäßige Vereinbarung oder Auseinandersetzung", d. h. also, da auch bei jedem Vertrage die Beteiligten schuldrechtlich zu dessen Erfüllung verpflichtet sind, ihn aber durch Vereinbarung ausschalten können, daß die rechtlichen Wirkungen einer Teilungsanordnung des Erblassers und der durch das Nachlaßgericht festgesetzten Auseinandersetzungsbestimmungen die gleichen sind.

Eine weitere Verwandtschaft zwischen den durch das Nachlaßgericht vorgenommenen Festsetzungen der Auseinandersetzungsregeln und einer Teilungsanordnung des Erblassers ergibt sich aus Folgendem: Das Ziel und der Zweck der Tätigkeit des Nachlaßgerichts nach dem Erbfall ist, die Auseinandersetzung „zu vermitteln", also nach Möglichkeit darauf einzuwirken, daß die Erbschaftsteilung in geeigneter Weise vor sich geht; es ist nicht darauf verwiesen, nur die gesetzlichen Teilungsregeln zur Anwendung zu bringen, hat vielmehr freie Hand, unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit im Einzelfall seine Entscheidung zu treffen. Dies ist aber auch der Sinn einer Teilungsanordnung des Erblassers; dieser beabsichtigt gerade durch die Aufstellung einer Teilungsanordnung die Auseinandersetzungsformen den persönlichen Verhältnissen seiner Erben und der Besonderheit seiner Bezie-

---

[8]) Vgl. oben S. 47 und S. 57 ff.

hungen zu diesen anzupassen, was wir als den Ursprung der Teilungsanordnung überhaupt erkannt haben [9]).

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß in jeder in Betracht kommenden Beziehung völlige Übereinstimmung zwischen einer Teilungsanordnung des Erblassers und den vom Nachlaßgericht aufgestellten Vorschriften für die Erbauseinandersetzung besteht, und daß somit auch die Tätigkeit des Erblassers die gleiche ist wie die des Nachlaßgerichts. Es ist also bewiesen, daß das Tun des Erblassers bei der Aufstellung einer Teilungsanordnung als vorweggenommene Ausübung der Tätigkeit des Nachlaßgerichts bei der Aufstellung von Vorschriften für die Erbauseinandersetzung bezeichnet werden kann. Das bedeutet für die rechtliche Natur einer Teilungsanordnung des Erblassers, daß wir es mit einem selbständigen Begriff des Erbrechts zu tun haben (der „Teilungsanordnung des Erblassers"), der sich keinem anderen dem Erbrecht bekannten Institut gleich- oder unterstellen läßt, und der seiner Art nach als

antizipiertes, konstitutives richterliches Urteil

gekennzeichnet werden darf [10]).

---

[9]) Vgl. oben S. 1.

[10]) Das hier für das geltende Recht gefundene Ergebnis kann nicht ohne weiteres auch für die divisio bonorum des gemeinen Rechts und die Teilungsanordnung des preußischen Allgemeinen Landrechts als zutreffend erachtet werden. Ein näheres Eingehen auf diese Frage verbietet sich, weil diese Untersuchungen nicht mehr in den Rahmen der vorliegenden Arbeit gehören. Die Entscheidung muß also dahingestellt bleiben.

Lebenslauf.

Ich, Erika Stenger, wurde am 21. Juni 1909 als Tochter des a. o. Professors an der Technischen Hochschule in Berlin-Charlottenburg und Bibliotheksrats an der Preußischen Staatsbibliothek in Berlin Dr. Erich Stenger und seiner Ehefrau Margaretha geb. Schmelzer in Berlin-Charlottenburg geboren. Ich besuchte von Oktober 1915 bis Ostern 1918 die private Vorschule des Herrn Loose, von Ostern 1918 bis Ostern 1921 das Privatlyzeum Luise Boretius, von Oktober 1921 an die realgymnasiale Studienanstalt der Fürstin Bismarck-Schule in Berlin-Charlottenburg, wo ich am 19. September 1927 mein Abiturientenexamen bestand.

Nachdem ich im Wintersemester 1927/28 bei der philosophischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin immatrikuliert war und nationalökonomische und juristische Vorlesungen besucht hatte, wandte ich mich in den folgenden Semestern gänzlich dem juristischen Studium zu und belegte im Sommersemester 1928 an der London School of Economics and Political Science, in den Semestern Winter 1928/29 bis Winter 1930/31 an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin. Am 16. Januar 1932 bestand ich meine erste juristische Prüfung am Kammergericht in Berlin. Während der Semester Winter 1931/32 und Sommer 1932 belegte ich an der Universität Rostock und bestand dort am 21. Dezember 1932 das Doktorexamen.

Meine Lehrer in Berlin waren die Herren Prof. Bruns, Prof. Dersch, Prof. Flechtheim, Prof. Goldschmidt, Prof. Heymann, Prof. Kahl, Prof. Th. Kipp, Prof. K. Th. Kipp, Prof. Kohlrausch, Prof. Nußbaum, Prof. Popitz, Prof. Smend, Prof. Titze, Prof. Triepel, Prof. Wolff.

Herrn Prof. Dr. Hallstein danke ich besonders für die freundliche Unterstützung bei der Anfertigung meiner Doktorarbeit.